BEITRAG ZUR LEHRE VOM GEFAHRÜBERGANG BEIM KAUF NACH DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCHE.

ERNST FROELICH.

Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf

nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ERNST FROELICH

aus Magdeburg

Regierungsreferendar in Münster i. W.

AKAD. BIBL.

Approbiert am 16. Oktober 1906.

Münster (Westf.)

Westfälische Vereinsdruckerei vormals Coppenrathsche Buchdruckerei.

1906.

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Sieber.

Meinen Eltern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0118

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **A. Einleitung** 9

B. Hauptteil.

I. Das Prinzip des B. G. B. hinsichtlich der Gefahrtragung beim Kauf.

§ 2. a) Darlegung des Prinzips 12

§ 3. b) Rechtfertigung des Prinzips 19

II. Streitfragen im Regelfall.

§ 4. a) der Zeitpunkt des Gefahrüberganges beim bedingten Kauf, beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt und beim Kauf in Bausch und Bogen 32

§ 5. b) die Zulässigkeit der Ersetzung der körperlichen Übergabe durch die Akte der §§ 929 ff. B. G. B. . . 35

§ 6. c) die Person des Gefahrträgers beim mehrfachen Verkauf desselben Grundstücks 39

III. Ausnahmefälle.

§ 7. a) der Erbschaftskauf 46

§ 8. b) der Annahmeverzug des Käufers 46

§ 9. c) der Versendungskauf 49

§ 10. **C. Ergebnis** 58

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht, Band 17.

Archiv für die zivilistische Praxis, Band 15.

Corpus iuris civilis, ediderunt fratres Kriegelii, Hermann, Osenbrüggen.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Band I.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts (1902), Band II.

Cuno, Dissertation Breslau 1901: Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, a) Pandekten, 6. Auflage.
b) Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 3. Auflage, Band II.
c) das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Band II.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3—5. und 8. Auflage, Band I.

Enneccerus und Lehmann, das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Band I.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band 57.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Band 16.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage.

Frommhold, das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

v. Gerber und Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band IV.

Goldmann und Lilienthal, das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Auflage.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 23 und 41.

Grundbuch-Ordnung für das deutsche Reich.

Heilfron, Bürgerliches Recht, Band II und IV.

Jaeckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band IV (XXXX).

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band II.

Lehmann und Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1899), Band I.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Band II.

Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen, Band VIII.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, Band I.

Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse (1899).

Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band II 1.—2. und 3. Auflage und Band V 1.—2. Auflage.

Rehbein und Reinke, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Band I, II.
Scherer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Auflage I und II.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Siebenhaar, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.
Soergel, das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, 7. Jahrg. 1903.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch (1901), Band II.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 2. Auflage.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, Band II.

A. Einleitung.

§ 1.

Casum sentit dominus: Jeder trägt den ihn und sein Eigentum treffenden Nachteil selbst. Dieser Rechtsgedanke stellt im System sowohl des römischen und gemeinen Rechts als auch unseres neuesten, im bürgerlichen Gesetzbuche niedergelegten, Reichsrechts den allgemeinen Grundsatz der Lehre von der Gefahrtragung dar, ein Grundsatz, aus dem unmittelbar folgt, daß ein Übergang der Gefahr eng mit dem Übergange des Eigentums verknüpft ist. Es bedarf daher zu einer anderweitigen Regelung des Gefahrüberganges stets besonderer vertraglicher oder gesetzlicher Bestimmungen. Letztere sind vielfach vorhanden. So findet man, wendet man sich, um der Entwickelung zu folgen, zunächst dem römisch-gemeinen Rechte zu, daß mit wenigen Ausnahmen für alle auf Veräußerung gerichteten Verträge, und so auch für den hauptsächlichsten, den Kauf, die genannte Grundregel durch die Rechtsparömie „periculum est emptoris" durchbrochen ist. Dieser Satz bedeutet, wie aus der l. 8 pr. D. 18,6[1]) [nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet] ersichtlich wird, daß von der Perfektion des Kaufes ab der Käufer die Gefahr trägt, trotzdem er noch weder Eigentümer noch Besitzer der verkauften Sache ist und ihrer Nutzungen entbehrt. Zur Perfektion wird eine erschöpfende, genau bestimmte Vereinbarung über Zeit, Ort, Preis und Gegenstand des Kaufs gefordert, und es genügt nicht, daß beide Parteien nur gebunden sind. Imperfekt sind daher hauptsächlich:

1. der suspensiv bedingte Kauf,
2. der Genuskauf,

---

[1]) l. 8. pr. D. 18,6: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet; et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emptio.

3. emptio ad mensuram,
4. Kauf aus einer Masse heraus,

und bei ihnen gilt demgemäß periculum est emptoris [bis zur Perfektion] nicht.

Der Grund des Satzes: periculum est emptoris ist im gemeinen Recht stets streitig gewesen, und man hat seine Gültigkeit nebst der Herkunft auf die verschiedenste Art und Weise zu erklären versucht. Auf die mannigfachen hierüber aufgestellten Theorien, sowie auf die bestrittene Frage der Gefahrtragung beim mehrfachen Verkauf derselben [beweglichen] Sache einzugehen, ist nur noch von historischem Interesse. Das B. G. B. hat diese Streitpunkte überwunden, indem es die Regel: periculum est emptoris nicht übernahm, eine Rechtsregel, welche — wie die vielen, sich gegenüberstehenden künstlichen Erklärungsversuche ihres Grundes [2]) beweisen, — wenn auch vielleicht einem früheren römischen, so doch keinesfalls dem modernen deutschen Rechtsgefühl entspricht. Ebensowenig wie dem Satze: periculum est emptoris ist das B. G. B. aber der für gegenseitige Verträge im allgemeinen von ihm selbst anerkannten Grundregel: casum sentit dominus gefolgt, es hat vielmehr beim Kauf, in Anlehnung an das allgemeine Landrecht [3]), im § 446 den Gefahrübergang an die Übergabe geknüpft, bezw. für Grundstücke auch an die eventuell früher erfolgende Eintragung. Neben letzterer, keine Ausnahme von dem Prinzip des § 446 darstellenden, Sondervorschrift für Grundstücke — die Begründung dieser Auffassung bleibt einer späteren Erörterung vorbehalten —, hat das B. G. B. aus Billigkeitsrücksichten von der Regel des § 446 drei Ausnahmefälle festgesetzt, welche, in der Reihenfolge der nachherigen Besprechung aufgezählt, betreffen:

1. den Erbschaftskauf,
2. den Annahmeverzug des Käufers,

---

[2]) Vergleiche Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902 Band II § 168 Anm. 14, wo gesagt ist, daß man sich über die „wirtschaftliche Bedenklichkeit" der Regel: periculum est emptoris ziemlich einig gewesen sei.

[3]) A. L. R. I, 11 §§ 95, 100.

3. den Versendungskauf.

Hiervon werden durch Fall 1 und 2 sowohl bewegliche wie unbewegliche, durch Fall 3 nur bewegliche Sachen berührt.

Nachfolgend wird zunächst eine Darlegung und Beurteilung des vom B. G. B. im § 446 vertretenen Prinzipes im einzelnen gegeben werden, daran sich anreihend eine Beleuchtung der hauptsächlichsten hierbei auftretenden Streitfragen und schließlich eine Betrachtung der vorgesehenen drei Ausnahmefälle.

B. Hauptteil.

I. Das Prinzip des B. G. B. hinsichtlich der Gefahrtragung beim Kauf.

a) Darlegung des Prinzips.

§ 2.

Der den Gefahrübergang beim Kauf im B. G. B. grundsätzlich regelnde Satz 1 Absatz 1 des § 446 lautet: „Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.“ Das B. G. B. spricht von der Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung; es begreift also unter „Gefahr“ sowohl den Untergang als auch die Verschlechterung einer Sache und erfordert ferner ausdrücklich, obgleich dieses Moment schon in dem Worte „Gefahr“ enthalten ist, einen „zufällig“ erfolgenden Untergang resp. Verschlechterung. Eine Begriffsbestimmung des Zufalls gibt das Gesetz nicht, sondern setzt diesen Begriff als bekannt voraus. Von einem zufälligen Ereignis sprechen wir, wenn wir ausdrücken wollen, daß die unmittelbar Beteiligten eines Schuldverhältnisses — juristisch ist der Zufall nur für das Obligationenrecht von Bedeutung — an dem Eintreten dieses Ereignisses keinen Anteil haben. Das schließt den eventuellen anderer dritter Personen keineswegs aus. Dieselbe Tatsache, die sich für einen beliebigen Dritten als eine von ihm absichtlich herbeigeführte und von ihm zu vertretende Handlung darstellt, kann für zwei Vertragsgegner, in deren Wechselbeziehungen sie irgendwie eingreift, gleich einem von Menschenhand unverschuldeten Naturereignis Zufall sein. Zufall im rechtlichen Sinne ist daher — um Ausdrücke des B. G. B. zu gebrauchen — ein von keinem Beteiligten[1]) eines Schuldverhältnisses zu vertretender Umstand. Tritt nun durch einen solchen Umstand, also durch Zufall, ein Schaden ein, so muß er natur-

[1]) Vergleiche Anmerkung 3 Seite 13 des Textes.

gemäß im Innenverhältnis — unbeschadet etwaiger Ersatzansprüche gegen Dritte — von einem der Beteiligten getragen werden, und derjenige, welcher hierzu durch Gesetz oder Vertrag bestimmt ist, trägt die Gefahr eines zufälligen Untergangs resp. einer zufälligen Verschlechterung des Vertragsobjekts oder, wie wir kurz sagen, „die Gefahr.“[2]) Verschuldet jedoch einer der Vertragsteile den Schaden, so hat er ihn auch zu vertreten; die Bestimmungen über die Tragung der Gefahr finden dann keine Anwendung; denn es liegt kein Zufall vor, auch nicht für die übrigen Beteiligten,[3]) welche, ob sie schon eventuell die Gefahr tragen, doch von der Tragung des Schadens befreit sind.

Bei der Begriffsbestimmung der „Gefahr“ ist aus Zweckmäßigkeitsgründen ausgegangen worden von einem Sonderparagraphen für den Kauf [§ 446]; die diesbezüglichen Bestimmungen für gegenseitige Verträge im allgemeinen finden sich in zwei

[2]) Man wird Crome a. a. O. § 213 Anm. 2 und Staudinger, der dort citiert ist, darin beizupflichten haben, daß streng genommen „Gefahr tragen“ soviel wie „ohne Anspruch auf Gegenwert bestehende Leistungsverpflichtung“ bedeutet, daß also hierunter nur das „periculum obligationis“ und nicht das „periculum rei“ zu verstehen ist. Andererseits rechtfertigt sich der Sprachgebrauch im nachstehenden Texte aus dem Gesetze [B. G. B.] selbst, welches im § 446 von einem Übergange der [also beim Verkäufer als schon vorhanden vorausgesetzten] Gefahr spricht.

[3]) Anders Kuhlenbeck, „von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuche“ Bd. II, S. 73 und 77, der für den einen Contrahenten auch den Umstand, den der andere Teil zu vertreten hat, als Zufall aufgefaßt wissen will. Geht man so weit, an der im Texte [s. S. 12] nur außerhalb der Obligation anerkannten Relativität des Zufalls auch für die Beziehungen der einzelnen Vertragsgegner zu einander festzuhalten, so kommt man mit Rücksicht auf die verschiedenartige rechtliche Behandlung im Gesetz dazu, verschiedene Arten von Zufällen unterscheiden zu müssen: solche, die von einem Vertragsteil zu vertreten sind und andere, bei denen dies nicht der Fall ist. Dies widerspricht aber schon dem begrifflichen Wesen des Zufalls. Nicht aber steht dem entgegen, daß — jedoch außerhalb der Obligation — unterschieden wird, ob der Zufall auf Verschulden eines Dritten zurückzuführen ist oder nicht. Denn dadurch wird lediglich die ganz außerhalb des Schuldverhältnisses stehende, sekundäre Haftung des Dritten für sein eventuelles Verschulden, niemals aber die primäre Haftung des gefahrtragenden Vertragsteiles für Zufall berührt. Nach Kuhlenbeck hingegen würde — vom Standpunkte der übrigen Vertragsteile aus — die primäre Haftung eines Vertragsteiles für Zufall des öfteren nicht auf Grund der ihm etwa zufallenden Tragung der Gefahr, sondern auf Grund seines Verschuldens festgestellt werden. Ein Resultat, welches uns von dieser Ansicht zurückkommen läßt.

Paragraphen [§§ 275, 323 B. G. B.] zerstreut, und außerdem muß man erst im Wege des Schlusses über den Willen des Gesetzgebers bezüglich des Gefahrüberganges sich klar werden. Dennoch ist es aus anderen Gründen unerläßlich, auf die §§ 275, 323 B. G. B. einzugehen, nämlich um die Stellung des § 446 B. G. B. zu diesen Regelparagraphen darlegen und den Standpunkt des B. G. B. bezüglich des Gefahrüberganges beim Kauf rechtfertigen zu können.

Im § 275 B. G. B. ist die Freiheit des Schuldners von der Verpflichtung zur Leistung statuiert für den Fall, daß die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes — nach der oben gegebenen Definition, wenn kein Verschulden des anderen Teiles hinzukommt: eines Zufalls — unmöglich wird. Dies bedeutet, daß bei einseitigen Verträgen auf Leistung einer Sache die Gefahr der Gläubiger trägt, welcher noch nicht Besitzer oder Eigentümer ist. Die oben [s. S. 9 des Textes] vertretene Ansicht, den obersten allgemeinen Grundsatz des B. G. B. bezüglich der Gefahrtragung verkörpere die Rechtsparömie „casum sentit dominus", scheint hierdurch wenig bestätigt zu werden. Es findet dies jedoch seine Erklärung darin, daß bei der Natur der einseitigen Verträge ein stärkeres Gewicht auf die tatsächlichen als auf die rechtlichen Verhältnisse zu legen ist; man hat hier zu berücksichtigen, daß, wenn auch rechtlich unzweifelhaft noch der Schuldner Eigentümer ist, so doch wirtschaftlich die Sache bereits zum Vermögen des forderungsberechtigten und zu keiner Gegenleistung verpflichteten Gläubigers gehört. Das B. G. B. hat daher mit Recht, diesen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragend, den Schuldner durch Abnahme der Gefahr günstiger gestellt und damit sein Prinzip, streng juristisch betrachtet allerdings, tatsächlich jedoch nicht durchbrochen.

Solcher volkswirtschaftlicher Erwägungen bedurfte es nicht bei gegenseitigen Verträgen, bei denen der Gläubiger nicht um den Wert der Leistung, sondern höchstens um diesen abzüglich des geschuldeten Äquivalents einen Vermögenszuwachs erhält, also beide Vertragsteile sich in derselben Lage gegenüberstehen. Der § 323 B. G. B. bestimmt denn auch für gegenseitige Verträge zusätzlich, daß der gemäß § 275 B. G. B. von der Leistung

befreite Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert,[4]) m. a. W.: derjenige trägt den Schaden, bei dem er eintritt: der Eigentümer — casum sentit dominus —, und die Gefahr geht erst mit der Erfüllung, bei Übereignungsgeschäften also regelmäßig mit dem Eigentumswechsel, über.

Man möchte meinen, daß diese Regel auf den wichtigsten gegenseitigen Vertrag, den Kauf, Anwendung finde. Dies ist aber nicht der Fall; vielmehr hat das B. G. B. nach dem Vorbilde des A. L. R.[5]) im Anschlusse an das alte deutsche Recht durch den § 446 den Gefahrübergang an die Übergabe geknüpft und damit für den Kauf eine bedeutsame Ausnahme geschaffen. Letztere erfährt noch eine Erweiterung durch die im Absatz 2 des § 446 enthaltene Zusatzbestimmung für Grundstücke, wonach die Gefahr auch mit der eventuell vor der Übergabe erfolgenden Eintragung übergeht. Die Motive zum Entwurf I[6]) besagen allerdings, daß im § 463 [446 des B. G. B.] lediglich das Prinzip des § 368 [323 des B. G. B.], daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe, für den Kaufvertrag nochmals besonders ausgesprochen, m. a. W., daß unter „Übergabe" im § 463 [§ 446 des B. G. B.] nur die Eigentum verschaffende Übergabe zu verstehen sei. Begründet wird diese Wiederholung damit, daß „bekanntermaßen das römische Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehe" und „wegen seiner Wichtigkeit das Prinzip um so mehr ausgesprochen werden müsse, als es in Ansehung der Grundstücke besonderer Regelung bedürfe" [Motive a. a. O. S. 322]. Dem gegenüber ist zu bemerken, daß es der Betonung der Verwerfung des römischen Satzes: „periculum est emptoris" nicht bedurfte; dies wird bereits zur Genüge durch die §§ 275, 323 B. G. B. erreicht, welche naturgemäß beim Fehlen des § 446 auch für den Kauf gegolten und von vornherein die Möglichkeit des Gedankens an eine eventuelle Geltung des römischen Satzes ausgeschlossen hätten, zumal doch weder das B. G. B. zum

---

[4]) Anders das Gemeine Recht, welches den Anspruch auf die Gegenleistnng bestehen läßt. Ebenso wie das B. G. B. auch schon A. L. R.

[5]) A. L. R. I. 11 §§ 95, 100.

[6]) Motive zum Entwurf I eines bürgerlichen Gesetzbuches, Band II. S. 205.

gemeinen Recht, noch dieses zum B. G. B. im Subsidiärverhältnis steht. Ein ersichtlicher Grund zu einer Wiederholung liegt also nicht vor, und zwar auch nicht infolge notwendiger besonderer Regelung in Ansehung der Grundstücke. Der ganze Absatz 1 des § 446 B. G. B. hätte, wäre damit nur eine Bekräftigung des im § 323 ausgedrückten Prinzipes beabsichtigt gewesen, um der Grundstücke willen ruhig fehlen und der Absatz 2 — als Zusatzbestimmung zum § 323 gedacht — etwa lauten können: „In Ansehung der Grundstücke geht die Gefahr, falls die Übergabe an den Käufer vor der Einigung und Eintragung in das Grundbuch erfolgt, mit der Übergabe auf den Käufer über.“ Bei dieser Fassung wäre als Regel des Gefahrüberganges nach § 323 B. G. B. die Erfüllung Eigentumsübertragung bezw. diese und Übergabe zusammen — anzusehen, und ferner als Ausnahme für Grundstücke auch die keinen Eigentumswechsel und daher auch keine Erfüllung darstellende Übergabe. Bei der tatsächlichen Fassung des § 446 hingegen bildet hinsichtlich des Gefahrüberganges die gemeinsame Regel für bewegliche und unbewegliche Sachen: die Übergabe, und die zusätzliche Ausnahme für Grundstücke: die Eintragung. Muß man demgemäß — und nach dem Wortlaut des § 446 Abs. 1 ist darüber kein Zweifel möglich — für Grundstücke die Übergabe, auch wenn sie, wie bei diesen nicht anders möglich, keinen Eigentumswechsel darstellt, als den Gefahrübergang bewirkend anerkennen, so ist nicht einzusehen, warum auf Grund desselben Gesetzestextes für bewegliche Sachen etwas anderes zu gelten habe. Es muß demnach auch für Mobilien entgegen den Motiven[7]) angenommen werden, daß unter der Übergabe des § 446 nicht nur die den Eigentumsübergang bewirkende zu verstehen ist, und nicht deshalb an einen Nichteintritt des Gefahrüberganges gedacht werden kann, weil der Übergabe die letztgenannte Eigenschaft fehlt, sei es nun infolge mangelnder Einigung der Parteien, sei es auf Grund gesetzlicher Bestimmungen, wie z. B. beim Verkauf von Grundstücken, von verlorenen und gestohlenen Sachen[8]) etc.

[7]) Vergl. S. 15 des Textes.

[8]) Es darf an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß die Haftung für Mängel im Recht z. Bsp. hinsichtlich einer gestohlenen Sache begrifflich mit der Pflicht zur Gefahrtragung, die nur den physischen Untergang bezw. Ver-

Ebensowenig wird man auf Grund derselben Erwägungen wie oben, da bei Grundstücken, wie die Eigentumsübertragung selbst, so auch der Zweck ihrer Herbeiführung niemals der Übergabe innewohnen kann, eine zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgende Übergabe erfordern dürfen.[9]) Festzuhalten ist aber andererseits natürlich daran, daß eine Übergabe vorliegen muß, die auf Grund eines Kaufvertrages erfolgt, welche also dessen Realisierung, jedoch nur im allgemeinen, m. a. W. eine teilweise Vertragserfüllung ohne bestimmtes, spezielles Ziel [wie etwa z. Bsp. die Übertragung des Eigentums] bezweckt; hingegen genügt

schlechterung der Kaufsache betrifft, nichts gemein hat; sie besteht fort, auch wenn die Sache erst nach dem Übergange der Gefahr zufällig untergeht, sie muß sogar Platz greifen [vergl. dagegen Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, § 148, 3], wenn der Mangel im Recht erst nach dem Gefahrübergang zur Entstehung kommt wie z. Bsp. bei einer zwischen der Übergabe und der Eigentumsübertragung erfolgenden Enteignung.

Vergl. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I § 125 II, 4 (S. 433) und § 125 V, 1 (S. 436). Crome a. a. O. II § 219[9].

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II. § 390 Anhang Ziffer 7 (S. 625). Wenn weiter Cosack § 125, V, 2 eine Ausnahme von dem Gesagten feststellen will für den Fall, daß die Übereignung gerade und lediglich durch den Untergang verhindert worden ist, indem z. Bsp. ein im guten Glauben befindlicher Käufer den Preis für eine Sache bezahlen müsse, die ihm von einem Verwahrer unbefugter Weise verkauft, zugesandt und dann auf dem Transport [gemäß § 447 B. G. B.] zufällig vernichtet sei, so ist zunächst der erfolgten Regelung der Schadenstragung im Beispiel durchaus zuzustimmen [a. M. Crome, a. a. O. S. 219[9]], im übrigen aber darauf bezüglich der hierfür angeführten Gründe zu erwidern, daß hier zu Gunsten des Käufers, weil ihm gegenüber kein Mangel im Recht in Erscheinung tritt, überhaupt eine diesbezügliche Haftung nicht in Frage kommt, und somit auch für diesen Fall eine Wechselbeziehung zwischen Gefahrtragung und Haftpflicht für Mängel im Recht nicht zu finden ist.

[9]) Auch nicht für bewegliche Sachen allein, wie Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II, § 446 Anm. 2b a. Abs. 2 will, der hinsichtlich der Mobilien die Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung mit der — auch im folgenden Text für erforderlich erachteten — Übergabe auf Grund eines Kaufvertrages, also mit der Übergabe zum Zwecke der Vertragserfüllung überhaupt,identifiziert. Diese Identifizierung ist indessen nur dann als richtig anzusehen, wenn entweder die Übergabe bei Mobilien keinen anderen Zweck als den der Eigentumsübertragung haben kann — was jedoch, wie das Beispiel des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt zeigt, nicht zutrifft — oder wenn, und darauf stützt sich Planck a. a. O, eine besondere diesbezügliche

nicht[10]) ein Besitz lediglich auf Grund eines vorläufigen Miets- oder sonstigen Vertragsverhältnisses, wenn also der eventuelle zukünftige Käufer sich nur zur vorläufigen Untersuchung oder Bewohnung hat einweisen lassen.

Der § 446 B. G. B. enthält demnach nicht eine Wiederholung des § 323 B. G. B.[11]), sondern statuiert abweichend hiervon jede auf Grund eines Kaufvertrages erfolgende Übergabe bezw. Eintragung als entscheidendes Moment für den Gefahrübergang. Das B. G. B. ist ebensowenig wie das gemeine Recht für den Kauf dem Satze: „casum sentit dominus“ gefolgt, hat sich ihm aber allerdings insofern genähert, als praktisch in den meisten Fällen die Übergabe, und bei Grundstücken wenigstens die Eintragung, zugleich den Eigentumswechsel darstellen wird. Das B. G. B. hat zwischen dem: „periculum est emptoris“ und dem: „casum sentit dominus“ mit seinen Bestimmungen im § 446

Gesetzesbestimmung besteht. Planck beruft sich für die Auslegung des Wortes „Übergabe“ im § 446 B. G. B. auf den § 440 Absatz 2 B. G. B, wo von einer „Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung“ die Rede ist. Die Anordnung und Stellung der beiden Paragraphen zu einander sind jedoch nicht derart, daß sich daraus eine maßgebende Interpretation des einen Paragraphen durch den anderen rechtfertigen ließe. Denn für die Auffassung Planck's, nach welcher die inhaltliche Bedeutung der Übergabe im § 446 für bewegliche Sachen eine andere als für Grundstücke sein soll, dürfte, wenn nicht allein eine Bestimmung des Paragraphen 446 B. G. B. selbst, so doch wenigstens nur die eines allgemein übergeordneten Paragraphen eine genügende Basis bilden können. Dem Paragraphen 440 des B. G. B. aber, der sich überhaupt nicht einmal mit der Gefahrtragung, sondern mit der Haftung für Rechtsmängel [vergl. Anm. 8 S. 16 des Textes] und zwar nur mit einem Spezialfall befaßt, kann keineswegs eine solche allgemein maßgebende Bedeutung zugestanden werden.

[10]) Vergl. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 8. Aufl. Bd. I § 159a Anm. 45 (S. 954); Eccius in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 41 S. 883; Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen Bd. 8 S. 445; auch

Planck a. a. O. § 446 Anm. 2b a Absatz 2.

[11]) Es kommt hinzu ferner, daß auch die Sonderbestimmung des Absatzes 2 im § 446 B. G. B. für Grundstücke zum Gefahrübergang nicht die Erfüllung, wie § 323 B. G. B., verlangt, sondern lediglich die Eintragung, welche zunächst im Verein mit der Einigung nur den Eigentumswechsel und erst außerdem noch im Verein mit der Übergabe die Erfüllung zu bewirken vermag.

einen Mittelweg eingeschlagen, indem es — und das ist das Prinzip des bürgerlichen Gesetzbuches für den Gefahrübergang beim Kauf — das Hauptgewicht auf die Erlangung der tatsächlichen Herrschaft legt.

b) Rechtfertigung des Prinzipes.

§ 3.

Eine Rechtfertigung der Auffassung des B. G. B. verschiedenen Angriffen gegenüber ist zwar naturgemäß nur vom theoretischen Standpunkt aus von Wert, aber immerhin doch auch von praktischer Bedeutung, indem eine Förderung der Erkenntnis des in dem neuen Gesetzbuche enthaltenen Guten eine leichtere Einbürgerung, insbesondere gegenüber den seit Jahrhunderten eingewurzelten Normen des gemeinen Rechts, verspricht.

Dennoch bedarf die Stellung des B. G. B. gerade zu dem römisch-rechtlichen Standpunkte, der eine, wenn auch erschöpfende, Einigung über alle Punkte zum Gefahrwechsel für ausreichend erachtet, keiner eingehenden rechtlichen Begründung. Zwar haben selbst noch jüngere Gesetzgebungen, so vor allem das sächsische bürgerliche Gesetzbuch [1]) im Gegensatz zum allgemeinen Landrecht, welches in Anlehnung an das alte deutsche Recht die Übergabe für den Gefahrübergang entscheiden ließ [2]), an der römisch-gemeinrechtlichen Auffassung festgehalten, es ist jedoch schon [Seite 10] darauf hingewiesen, daß diese mit dem deutschen Rechtsgefühl durchaus nicht in Einklang zu bringen ist. Es mag ganz davon abgesehen werden, daß das B. G. B. bei seiner Regelung viele im gemeinen Recht erforderlichen Spezial-Ausnahmebestimmungen, sowie die Schwierigkeiten beim mehrfachen Verkauf derselben [beweglichen] Sache vermieden und damit eine nicht zu unterschätzende Klarheit geschaffen hat. Das Entscheidende bleibt: es ist unverständlich und nach unseren Begriffen dem Wesen des gegenseitigen Vertrages direkt widersprechend, daß, wenn noch von keiner Seite außer der Abrede irgend etwas erfolgt ist und die eine Leistung durch Zufall unmöglich wird, der Anspruch auf die andere ohne Äquivalent trotzdem ungeschmälert fortbestehen soll.

---

[1]) Sächsisches B. G. B. §§ 1091, 866, 867, 1013. [2]) A. L. R. I, 11 §§ 95, 100.

Auf der anderen Seite ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Regelung des B. G. B., welches sich einmal vom römischen Standpunkt losgesagt habe, nicht ein Stehenbleiben auf halbem Wege bedeute, und ob es nicht besser gewesen wäre, auch für den Kauf nach § 323 den Gefahrübergang an die Erfüllung[3]) oder doch zum mindesten an den Eigentumswechsel[4]) zu knüpfen. Begründet werden diese Ansichten weniger positiv durch Hervorhebung eigener Vorzüge, als vielmehr negativ durch ein Beleuchten der Schwächen des B. G. B. Da nun bei beweglichen Sachen die Übergabe neben dem Gefahrübergang in der Regel auch zugleich den Eigentumsübergang vermittelt, und daher in der Praxis oft mit der Übergabe auch der von den Gegnern des B. G. B. geforderte Eigentumswechsel bezw. Erfüllung tatsächlich vollzogen ist, haben die Anhänger obiger Ansicht die Mängel des B. G. B. durch Anwendung seiner Vorschriften auf den Grundstücksverkauf nachzuweisen sich bemüht. Es muß zugegeben werden, daß sich die Zweckmäßigkeit einer Gesetzesbestimmung am besten erkennen läßt, wenn man zur Kritik einen Fall wählt, bei dem etwaige zufällige, das unbefangene Urteil störende, Nebenfolgen der fraglichen Bestimmung nach Möglichkeit vermieden sind. Ob darnach die getroffene Wahl, namentlich im Hinblick auf die hier der Übergabe nur zukommende Teilfunktion, eine besonders glückliche zu nennen ist, mag dahingestellt bleiben. Es darf aber nicht übersehen werden, daß es sich hier immerhin um einen Ausnahmefall handelt; ganz abgesehen davon, daß tatsächlich im täglichen Leben einer großen Anzahl von Mobiliarverkäufen ein verhältnismäßig ganz geringer Prozentsatz von Immobiliar-Verkäufen gegenübersteht, erfährt das Grundstück auch rechtlich nach dem im B. G. B. zur Durchführung gelangten deutschrechtlichen Prinzipe eine ganz besondere Behandlung; es kann deshalb auf Grund einiger Unebenheiten, die sich etwa infolge dieser von der der

---

[3]) Vergl. Martinius, „Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf nach dem bürgerlichen Gesetzbuche", im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17, S. 68.

[4]) Vergl. Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse" [I. Auflage] S. 7, der dies wenigstens für Grundstücke fordert, indem er zwar nur von Eintragung spricht, damit jedoch, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, den Eigentumsübergang meint.

beweglichen Sachen abweichenden Behandlung ergeben, nicht auf die Schwäche des B. G. B. im allgemeinen geschlossen werden. Ferner ist hier insbesondere nicht zu vergessen, daß wie bei beweglichen Sachen die Doppelfunktion der Übergabe, so hier der Umstand störend eingreift, daß nicht die Übergabe allein, sondern außer ihr noch ein zweiter Rechtsakt, nämlich die Eintragung, den Gefahrübergang zu bewirken vermag. Ob nicht diese Teilfunktion der Übergabe hier störender wirkt bei Prüfung der im B. G. B. gegebenen Bestimmungen als ihre Doppelfunktion bei beweglichen Sachen muß, wie schon gesagt, dahingestellt bleiben. Jedenfalls ergeben sich hier aus der doppelten Übergangsmöglichkeit der Gefahr bei beweglichen Sachen nicht gekannte Schwierigkeiten, die eben aus der Sonderstellung der Grundstücke resultieren und die bei der Prüfung ausgeschieden werden müssen, denn hier handelt es sich lediglich um diejenigen Nachteile und Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß nach dem B. G. B. die Gefahr schon vor dem Eigentumsübergang — sei es nun mit der Übergabe, oder sei es mit der Eintragung — übergeht. Den bezüglich der Grundstücke sich eventuell mit der Eintragung vollziehenden Gefahrübergang sieht der Absatz 2 des § 446 B. G. B. vor, welcher lautet: „Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese (auf den Übergang der Gefahr, sowie auch der Nutzungen und Lasten sich beziehenden) Wirkungen mit der Eintragung ein. Dieser Absatz 2 des § 446 pflegt gemeinhin als eine Ausnahme für Grundstücke hingestellt zu werden. Tatsächlich enthält er ja auch eine von der Regel des Absatz 1 abweichende Bestimmung und müßte danach nicht hier, wo vom Regelfall des Gefahrüberganges die Rede ist, sondern erst weiter unten unter den Ausnahmen behandelt werden. Allein dem Prinzipe des B. G. B. nach dürfte hier eine Ausnahme nicht vorliegen und damit die Besprechung an dieser Stelle kein Dispositionsfehler sein, ganz ungeachtet dessen, daß auch die Rechtfertigung des vom B. G. B. vertretenen Standpunktes schon jetzt zu einer diesbezüglichen Erörterung nötigt. Nach dem Prinzip des B. G. B. steht betreffs des Gefahrüberganges, wie schon erwähnt, der Erlangung der tatsächlichen Herrschaft die entscheidende Bedeutung zu. Zunächst kommt

hierfür die Übergabe in Frage, welche für bewegliche Sachen und für Grundstücke in gleicher Weise den Besitz vermittelt. Ferner aber spielt diese bei beweglichen Sachen als sichtbares, tatsächliches Moment eine Rolle, welche unter denselben Verhältnissen bei Grundstücken der Eintragung zufällt. Übergabe bei Mobilien und Eintragung bei Grundstücken entsprechen sich demnach und haben auch dieselbe rechtliche Bedeutung. Beide sind rein tatsächliche Vorgänge und allerdings zur Eigentumsübertragung erforderlich, jedoch selbständig, d. h. ohne Einigung, vermag weder der eine noch der andere Akt diesen Wechsel herbeizuführen; sie geben daher in gleicher Weise dem Käufer nur eine Art tatsächlicher, aber keine rechtliche Herrschaft über die gekaufte Sache insofern, als sowohl der Besitzer wie der Eingetragene als solcher zwar die erforderlichen tatsächlichen Eigentumsübertragungshandlungen, nicht aber — natürlich abgesehen vom Erwerb im guten Glauben — den rechtlich wirksamen Eigentumsübergang zu vollziehen in der Lage ist. Da nun für Grundstücke beide Momente in Frage kommen, hat das B. G. B., indem es für deren Verkauf den Gefahrübergang sowohl an die Übergabe als auch an die Eintragung, und zwar naturgemäß an den zuerst eintretenden Vorgang, knüpfte, lediglich in konsequenter Weise seinen erwähnten Grundsatz zur Durchführung gebracht. Dem Prinzip nach besteht daher für Grundstücke keine Ausnahme, gilt vielmehr für Mobilien und Inmobilien dasselbe, nur vereinfacht sich das Bild bei beweglichen Sachen insofern, als bei ihnen nur eine Art tatsächlicher Herrschaft gegeben ist. — Es soll nicht verkannt werden, daß der vorstehenden Erörterung im Wesentlichen nur theoretischer Wert beizumessen ist, da mit Rücksicht auf § 20 der Grundbuchordnung[5]) in der Regel die Eintragung zugleich den Eigentumsübergang zur Folge haben wird. Es läßt sich somit mit einer gewissen Berechtigung für die Praxis behaupten, daß bei Grundstücksverkäufen die Gefahr mit der Übergabe oder dem Eigen-

[5]) § 20 G. B. O. lautet: Im Falle der Auflassung eines Grundstücks . . . . . darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist.

tumswechsel[6]) übergehe[7]); dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß bei letzterem Fall nicht der Eigentumserwerb als solcher, sondern lediglich die Eintragung das entscheidende Moment bildet; demgemäß war obige Klarstellung zu der dem Prinzip nach richtigen Festlegung des Gefahrüberganges nötig, insbesondere für den Fall einer nichtigen Einigung oder auch für den zugegebenermaßen in der Praxis seltenen, aber denkbaren Fall, daß ein Kaufvertrag geschlossen ist, und in der irrigen Annahme der vollzogenen Einigung oder infolge eines sonstigen beliebigen Versehens die Eintragung des Käufers ohne geschehene Einigung [entgegen dem § 20. G. B. O.] erfolgt.

Wie schon hervorgehoben ist, setzen die Gegner der im B. G. B getroffenen Regelung des Gefahrüberganges mit ihrem Angriff beim Grundstücksverkauf ein, und hier wieder — wie sich nach dem eben Gesagten leicht vermuten läßt — bei dem Fall des mit der Übergabe erfolgenden Gefahrüberganges.

Von einer Seite[8]) wird angeführt, die Bestimmung, daß die Gefahr bei Grundstücken auch mit der Übergabe übergehen solle, entbehre jeglicher Begründung. Der natürliche Satz: casum sentit dominus fordere den Zusammenfall des Eigentums- und Gefahrüberganges. Ersterer werde durch die Eintragung vermittelt, und es sei deshalb angebracht, unter allen Umständen erst mit der Eintragung den Gefahrwechsel eintreten zu lassen. Zwar sei auf Grund der §§ 95, 100 im Teil I Titel 11 des Allgemeinen Landrechts nach Entscheidungen des Reichsgerichts[9]) für das preußische Recht der Gefahrübergang auch für Grundstücke mit der Übergabe anzunehmen, jedoch sei hierin eine von den Motiven zur Rechtfertigung angezogene „rechtsgeschichtliche Entwicklung im Sinne der vom B. G. B. getroffenen Bestimmungen“ nicht zu erblicken. — Es sei richtig, wie die Denk-

---

[6]) Vergl. Motive a. a. O. S. 324, die vom Erlangen der rechtlichen Herrschaft sprechen.

[7]) Vergl. Schollmeyer a. a. O. I. Auflage S. 7; ebenso die Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 91.

[8]) Schollmeyer a. a O. I. Auflage S. 7 ff.

[9]) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 7 Seite 241 und die Entscheidung des Preußischen Ober-Tribunals bei Gruchot a. a. O. Bd. 23. Seite 916.

schrift [S. 60 und 61] hervorhebe, daß der Verkäufer nach der Übergabe zur Überwachung des Grundstücks außer Stande sei, ebensosehr fehle aber andererseits dem eingetragenen Käufer diese Möglichkeit. Die Denkschrift erhebe ein unbilliges Verlangen, wenn sie für diesen Fall dem Käufer zumute, den Eigentumserwerb ohne die Möglichkeit der Überwachung abzulehnen [10]). „Richtiger dürfe der umgekehrte Standpunkt sein, nach dem trotz Übergabe" die Gefahr bis zur Eintragung beim Verkäufer zu belassen sei. Hierdurch sei gleichzeitig ein Ansporn für den Verkäufer gegeben, seine restliche, in der Übergabe bestehende, Kontraktpflicht sobald als möglich zu erfüllen und dadurch sich der Gefahrtragung zu entledigen.

Der Vorwurf, die Bestimmungen des B. G. B. leisteten auch dem „unlauteren Verkehr mit Grundstücken Vorschub", insofern als der eine Käufer das Grundstück übergeben erhalten und zugleich ein anderer hinsichtlich desselben Grundstücks eingetragen werden könne, kann m. E. an dieser Stelle unerörtert gelassen werden, da er sich lediglich auf Schwierigkeiten gründet, die sich aus der eigenartigen rechtlichen Behandlung der Grundstücke nur für diese ergeben, und nicht auf Nachteile, die auf das zeitliche Auseinanderfallen des Gefahr- und Eigentumswechsels als solches zurückzuführen sind. Nur letzteres aber würde den Kernpunkt der hier streitigen Frage (vergl. S. 21 des Textes) treffen. Erheblicher sind in dieser Hinsicht die voranstehenden Ausführungen. Es wird da zunächst angeführt, der „natürliche Satz": casum sentit dominus fordere, daß die Gefahr zugleich mit dem Eigentum übergehe. Irgend eine Begründung, sowie eine Angabe der mit dieser Regelung verbundenen Vorteile ist jedoch nicht hinzugefügt. Daß der Satz genügend für sich selbst spreche, wird man kaum behaupten können, zumal er vielfach angefochten worden ist, und nach Dernburg [11]) „seine Unhaltbarkeit derzeit nicht leicht bestritten wird." Für das gemeine Recht

[10]) Vergl. auch die Motive a. a. O. S. 323.

Im übrigen muß hier ein Widerspruch der Denkschrift festgestellt werden, welche einmal die Überwachungsmöglichkeit als irrelevant bezeichnet, im korrespondierenden Falle dagegen sie als rechtliche Begründung angibt. Vergl. S. 28 des Textes Anm. 26.

[11]) Dernburg, Pandekten, Bd. II. § 44 Anm. 3 (S. 123).

legt Wächter[12]) dar, daß der an sich „bei Verlusten in nicht obligatorischen Verhältnissen richtige“ und natürliche Satz: casum sentit dominus nicht[13]), wie das mehrere[14]) vor ihm getan haben, auf Obligationen, wo er dann naturgemäß den Gefahrübergang regeln würde, angewendet werden dürfe. Die Richtigkeit der Ansicht Wächter's oder der seiner Gegner, welche den fraglichen Satz für die Obligationen im allgemeinen anerkannten, denen jedoch für den Kauf und eventuell für „andere das Eigentum übertragende, zweiseitige Verträge“ [15]) als „Singularität“ die Regel: periculum est emptoris galt, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls geht hieraus soviel hervor, daß sich auch im gemeinen Recht nach keiner Ansicht der Satz: casum sentit dominus wenigstens für den Kauf — und dies interessiert hier allein — jemals zur völligen Anerkennung durchzuringen vermocht hat. Mag man auch hierzu für das gemeine Recht anführen, daß dies weniger auf sachliche Bedenken gegen: casum sentit dominus, als auf die Schwierigkeit, mit festeingewurzelten alten Rechtssätzen wie: periculum est emptoris zu brechen, zurückzuführen sei, so fällt doch dieser Einwand für das A. L. R. fort. Dieses war in der Lage, den Satz: casum sentit dominus zur Geltung zu bringen. Wenn es solches nicht tat, obwohl es besserte und mit dem dem deutschen Rechtsgefühl unsympathischen gemeinrechtlichen Grundsatz: periculum est emptoris brach, wenn es vielmehr den Gefahrübergang an die Übergabe[16]) knüpfte, so läßt sich daraus zum mindesten entnehmen, daß der Satz: casum sentit dominus nicht den Anspruch machen kann, für den Gefahrübergang beim Kauf allein natürlich und maßgebend zu sein; jedenfalls hat er nicht die rechtsgeschichtliche Entwicklung für sich, wie die im

---

[12]) Wächter, „Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?“ im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 15. S. 118.

[13]) Wächter a. a. O. S. 118 betont, man müsse dann allerdings „dominus“ mit „dinglich Berechtigter“ übersetzen, da beim Untergang der Sache auch die Pfandgläubiger, Erbbauberechtigten, Inhaber von Grunddienstbarkeiten etc. ihrer Rechte ohne Ersatz verlustig gingen.

[14]) Wächter a. a. O. S. 117. Anm. 37 und S. 136 Anm. 64 führt besonders Conradi in seiner Schrift: De pacto fiduciae an.

[15]) Wächter a. a. O. S. 98.

[16]) A. L. R. I, Titel 11 §§ 95, 100.

B. G. B. enthaltene Regelung. Auch für das B. G. B. wird dies allerdings von gegnerischer Seite bestritten, da eine „Entwicklung im Sinne der vom B. G. B. gebotenen Bestimmungen unbekannt“ sei [17]). Es ist zu erwidern, daß allerdings das B. G. B. nicht den Schlußstein einer einheitlichen Rechtsentwicklung bildet und nicht bilden kann, da es bei seiner Entstehung verschiedene Rechtsgebiete zu vereinigen und verschiedenen Rechtsentwicklungen gerecht zu werden hatte. Es hat aber sowohl die preußische Gesetzgebung, wo die Übergabe entscheidet, als auch das gemeine Recht berücksichtigt, in dessen Gebieten man sich schon lange vergeblich von dem Zwange des undeutschen: periculum est emptoris zu befreien versuchte; man kann daher sehr wohl mit den Motiven [18]) sagen, daß das B. G. B. die rechtsgeschichtliche Entwicklung, wenn auch keine einheitliche, für sich hat.

Man hat es, wie erwähnt wurde [19]), als einen Nachteil des B. G. B. empfunden, daß dem eingetragenen Käufer ohne erfolgte Übergabe die Überwachungsmöglichkeit trotz seiner Gefahrtragung fehle, ja man hat von anderer Seite [20]) außerdem den Vorwurf mangelnder Logik erhoben und gesagt, es sei unverständlich, daß die Überwachungsmöglichkeit eine Rolle spiele nach der Übergabe, dagegen nach vollzogener Eigentumsverschaffung bei noch ausstehender Übergabe belanglos sei; man hat ferner im weiteren Verlauf [21]) „bedauert, daß der Gedanke an die Möglichkeit der Überwachung durch den Käufer von der Übergabe an bei den gesetzgeberischen Erwägungen eine so hervorragende Rolle habe spielen dürfen.“ — Hinsichtlich der für den eingetragenen Käufer in der mangelnden Überwachungsmöglichkeit liegenden Härte ist demgegenüber zu betonen, daß es sich im Falle der dem Eigentumswechsel nachfolgenden Übergabe nicht anders verhält, wenn — nach dem Vorschlage der gegnerischen Seite — die Gefahr erst mit dem Eigentumserwerb

[17]) Schollmeyer a. a. O. I Auflage S. 8.

[18]) Allerdings in etwas anderem Sinne, wie diese, welche [S. 324] den Gefahrübergang bei Grundstücksverkäufen als an die Erlangung der rechtlichen Herrschaft geknüpft darstellen; vergl. auch S. 23 des Textes Anm. 6 und ferner Eccius bei Gruchot a. a. O. Bd. 41. S. 882.

[19]) Vergl. Seite 24 des Textes. [20]) Martinius a. a. O. S. 58.

[21]) Martinius a. a. O. S. 61.

übergeht. Es kommt hinzu, daß nach dieser Ansicht der Verkäufer gegebenen Falls trotz erfolgter Übergabe, also ohne Überwachungsmöglichkeit, die Gefahr weiter tragen muß, wenn das Eigentum noch nicht übertragen ist. Dem Bestreben, dieses Resultat als günstig hinzustellen [22]), muß mit Eccius [23]) entgegengehalten werden, daß es den Bedürfnissen des praktischen Lebens keineswegs entspricht. Der Verkäufer ist häufig, um dem Käufer entgegenzukommen, zur Übergabe bereit, jedoch andererseits zur Auflassung ohne Verschulden — etwa weil er als Erbe noch nicht eingetragen ist und die Beschaffung des Erbscheins irgendwelchen außerhalb der Person des Erben liegenden Schwierigkeiten begegnet — nicht gleichzeitig in der Lage; gleichwohl soll er trotz seines Entgegenkommens und seines eventuellen Zinsverlustes — die Zahlung des Kaufpreises pflegt erst bei der Auflassung zu geschehen — auch noch die Gefahr weiter tragen. — Im übrigen hat es den Anschein, als ob hier von gegnerischer Seite in stärkerem Grade die Motive und die Denkschrift [24]) als das Gesetz selbst herangezogen sind, und eine eventuelle, einzelne Folgeerscheinung eines Prinzips als dessen — wenigstens zum Teil — leitender Gedanke aufgefaßt ist. Dafür, daß im B. G. B. hinsichtlich der Gefahrtragungsfrage der Überwachungsmöglichkeit als solcher ein entscheidender Einfluß eingeräumt ist, dürfte im Gesetz selbst nichts hervortreten, eher schon das Gegenteil, wie die gerügte Inkonsequenz [25]) darzutun geeignet ist. Der folgerichtig durchgeführte Grundsatz das B. G. B. geht vielmehr allein dahin, die Gefahr mit dem Übergang der tatsächlichen Herrschaft wechseln zu lassen. Der Möglichkeit bezw. Unmöglichkeit der Überwachung ist, und zwar als einer Folge dieses Prinzips, lediglich in den Motiven und in der Denkschrift Erwähnung getan. Daß aber Folgeerscheinungen unter veränderten Umständen nicht immer die gleichen sind, kann nicht Wunder nehmen, und so löst sich der angebliche Mangel an Logik oder die Inkonsequenz, die Überwachungsmöglichkeit nur nach der Übergabe und vor erfolgter Eintragung, nicht aber bei vorangehender Eintragung eine Rolle spielen zu

[22]) Schollmeyer a. a. O. I Auflage S. 8.

[23]) Eccius bei Gruchot a. a. O. Bd. 41. S. 882.

[24]) Vergl. S. 28 des Textes Anm. 26. [25]) Vergl. S. 26 des Textes Anm. 20.

lassen, dahin auf, daß die Überwachungsmöglichkeit eine selbständige Rolle überhaupt nicht spielt, sondern nur als eine Folgeerscheinung und zwar lediglich der Übergabe, nicht aber der Eintragung in Frage kommt. Bezüglich ihrer Bedeutungslosigkeit äußern sich in dem hier dargelegten Sinne auch die Motive [S. 323]: „Unerheblich erscheint hierbei, daß vor der Übergabe der Käufer nicht zur Überwachung der Sache imstande ist, und ferner die Denkschrift [S. 91][26]): „Daß der Käufer vor der Übergabe nicht in der Lage ist, das Grundstück zu überwachen, steht dem Übergange der Gefahr nicht entgegen."

Die ferner geäußerte Ansicht von Martinius[27]) und Eccius[28]), daß der Besitz des Käufers nach der Übergabe und vor der Auflassung als Fremd- und nicht als Eigenbesitz anzusehen, und demgemäß auch dann für die Zeit bis zur Erfüllung das Vorliegen eines interimistischen Gebrauchsüberlassungsvertrages zu unterstellen sei, kann an dieser Stelle, da hieraus nichts für die Regelung der Gefahrtragung hergeleitet wird, in ihrer Richtigkeit dahingestellt bleiben.[28a]) Den anschließenden Ausführungen von Eccius aber, denen zufolge der Verkäufer die Gefahr behalten soll, wenn durch einen interimistischen Gebrauchsüberlassungsvertrag ausdrücklich von vornherein ein Vorangehen der Übergabe vor der Eintragung vereinbart sei, ist mit Martinius[29]) entgegen zu treten. Es muß gegenüber der klaren Gesetzesvorschrift, daß die Gefahr mit der Übergabe überzugehen hat, unerheblich sein, ob ein Gebrauchsüberlassungsvertrag vorliegt, ob „gleich von vornherein oder später in Ergänzung des ursprünglichen Kaufvertrages verabredet wird, daß die Übergabe vor der Auflassung erfolgen solle"[29a]). Im übrigen kommt es lediglich

---

[26]) Die Denkschrift widerspricht sich allerdings, indem sie hier bei vorangehender Eintragung die Überwachungsmöglichkeit gering einschätzt, dagegen bei vorangehender Übergabe sie als sachliche Rechtfertigung des Gefahrüberganges angibt [S. 91]. Auf sie dürfte daher der gegen das B. G. B. erhobene Vorwurf der Inkonsequenz eher zutreffen.

[27]) Martinius a. a. O. S. 59–60. [28]) Eccius bei Gruchot a a. O. S. 883.

[28a]) Man wird ihr aber kaum beitreten können, da Eigenbesitz nur den Willen erfordert, wie ein Eigentümer, nicht aber als Eigentümer zu besitzen.

[29]) Martinius a. a. O. S. 61.

[29a]) Vergl. Anm. 29.

darauf an, daß die Übergabe auf Grund eines Kaufvertrages erfolgt. Entweder ist die Abrede über die Übergabe bereits als Teil eines Kaufvertrages anzusehen, dann ist eben ein solcher vorhanden und die Gefahr geht mit der Übergabe über, die Konstruktion eines besonderen Gebrauchsüberlassungsvertrages ist wesenlos, oder aber es liegt ein völlig selbständiger Gebrauchsüberlassungsvertrag und noch kein Kaufvertrag vor, dann kann sich naturgemäß auch nicht mit der Übergabe der Gefahrübergang vollziehen (vergl. S. 17 des Textes). — Es kann auch nicht der Ansicht [29b] beigetreten werden, daß der Grundsatz des B. G. B. bei Heranziehung der Parallele des Miets- und Pachtvertrages unangenehm berühre. Kauf und Miete sind zwei auf ganz verschiedene wirtschaftliche Erfolge abzielende Rechtsgeschäfte, die naturgemäß rechtlich nicht die gleiche Behandlung erfahren. Kommt nun bei beiden eine Übergabe vor, so kann es nicht befremden, daß sie beim Kauf andere Rechtsfolgen auslöst als bei der Miete. Der Grund, daß Käufer und Mieter in gleicher Weise Fremdbesitzer und deshalb gleich zu behandeln seien, ist nicht stichhaltig; einmal kann der Käufer kaum als Fremdbesitzer angesehen werden (vergl. Anm. 28a S. 28) und sodann besteht zwischen beiden auch ohne dies ein großer Unterschied. Der Besitz des Käufers ist weit besser fundiert, er ist ein von vornherein nur vorübergehend gedachter, mit ziemlicher Sicherheit ins Eigentum übergehender Zustand, also bereits die Vorform eines stabileren, weit geschützteren Rechtsverhältnisses, während der Besitz des Mieters als Selbstzweck zwar zunächst für eine gewisse längere Zeitdauer beabsichtigt ist, jedoch ohne besonderen Grund beliebig durch Kündigung von beiden Seiten aufgehoben werden kann. Ferner hat der Mieter seinen Besitz mit einer bestimmten Summe zu vergüten, während beim Kauf in der Regel die Parteien schwerlich [wie allerdings Martinius a. a. O. S. 61 meint] bei Festsetzung des Preises die mehr oder minder kurze Zeit zwischen Übergabe und Eigentumsverschaffung in Rechnung ziehen. Der Käufer-Besitzer ist also besser gestellt und kann daher mit Recht auf der anderen Seite durch Auflegung der Gefahr eine stärkere Belastung erfahren.

[29b] Vergl. Anm. 29, S. 28 des Textes.

Unerheblich ist das erhobene Bedenken[30]), daß der Käufer, der nach der Übergabe gewissermaßen als Versicherer des Verkäufers in Höhe des Kaufpreises angesehen werden kann, sich eventuell nicht durch eine Versicherung seinerseits zu decken vermag. Diese Lage mag ungünstig für ihn sein; sie ist jedoch nicht auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückzuführen, sondern auf die zur Zeit bei den privaten Versicherungsgesellschaften bestehenden Aufnahmebedingungen, deren Berücksichtigung von einem Gesetzgeber nicht erwartet werden kann.

Für den Übergang der Nutzungen und Lasten wird auch von gegnerischer Seite[31]) die Übergabe als der geeignete Zeitpunkt angesehen — offenbar in der Erkenntnis der großen, bei den sonst zu erwartenden langwierigen Herausgabeprozessen [hinsichtlich der commoda] sich bietenden Schwierigkeiten —, und die dadurch bedingte Trennung des Überganges der Gefahr von dem der Nutzungen und Lasten als dem präsumptiven Parteiwillen entsprechend hingestellt. Daß dieser einer solchen Trennung nicht sympathisch gegenübersteht, spricht schon der gemeinrechtliche Satz aus[32]): . . . commodum eius esse debet, cuius periculum est. Auch stellt die vorgeschlagene Regelung keinesfalls ein der Natur der Dinge entsprechendes Resultat dar[33]). Vergegenwärtigt man sich die hierbei sich ergebende Lage des Verkäufers, der nach der Übergabe die tatsächliche Verfügungsgewalt samt den Nutzungen und den verhältnismäßig unwesentlichen Lasten verloren, dagegen die Gefahr und das nach dem Sachverhalt ziemlich inhaltslose Eigentum behalten hat, so wird man zu dem unbefriedigenden Ergebnis kommen müssen, daß diesem gegenüber zugunsten des Käufers eine ungerechtfertigte Härte zur Anwendung kommt. Läßt man also die Gefahr erst mit dem Eigentumswechsel[34]) bezw. der Erfüllung[35]) übergehen, so muß man auch bis dahin mit dem Übergang der Nutzungen

---

[30]) Vergl. Martinius a. a. O. S. 61. [31]) Vergl. Martinius a. a. O. S. 63.

[32]) § 3 Inst. de empt. et vend. 3,23; vergl. auch 27. Dig. 18,6: nam et si . . . periculum esset emptoris sic igitur commodum eius esse debet.

[33]) Vergl. auch die Motive a. a. O. S. 324: Alle Gesetzgebungen sind darüber einig, daß dem Käufer solange, als er die Gefahr nicht zu tragen hat, auch die natürlichen und bürgerlichen Früchte der Sache nicht zukommen.

[34]) Schollmeyer a. a. O. I. Auflage S. 7. [35]) Martinius a. a. O. S. 68

warten [36]) um sich damit dann wiederum den bereits hervorgehobenen Schwierigkeiten hinsichtlich der Herausgabe der commoda gegenüberzusehen.

Es ist in erster Linie an der Hand des Grundstückskaufs versucht worden, die durch das B. G. B. getroffene Regelung des Gefahrüberganges als mangelhaft zu erweisen; man hat sich demgemäß in bezug auf bewegliche Sachen beschränkt und bei diesen nur einen Vorwurf erhoben, der übrigens in der Theorie wohl mit derselben Berechtigung auch auf Grundstücke angewendet werden könnte. Er geht dahin, daß nach erfolgter Übergabe der Sache an ihn „der Käufer, der nachweisbar durch die Übergabe Eigentum nicht erlangte, gegen den Verkäufer zwar auf Eigentumsverschaffung klagen und den Kaufpreis zurückbehalten kann, jedoch, wenn dann die Sache im Laufe des Prozesses zufällig untergeht, die Klage auf seine Kosten zurücknehmen und den Preis bezahlen muß“ [37]). Hiergegen ist an sich nichts geltend zu machen. Wenn aber hinzugefügt wird, das Gesetz gewähre nur „unter Umständen“ Schadenersatz bezw. das Recht zum Rücktritt vom Vertrage, so trifft solches — abgesehen vom Rücktrittsrecht — nur bei dem durch die Wertvernichtung der untergangenen Sache selbst entstandenen Schaden zu. Dies Ergebnis rechtfertigt sich aber völlig aus sich selbst, denn die Pflicht zur Bezahlung des Kaufpreises ohne Gegenwert stellt sich ja gerade als der Inhalt der Gefahrtragung dar. Anders dürfte hingegen die Sachlage aufzufassen sein betreffs des durch die Klagerücknahme speziell entstandenen Schadens. Hier würde allerdings der Mangel einer Entschädigung für die dem Käufer erwachsenen Prozeßkosten, wenigstens wenn Verzug des Verkäufers vorgelegen hat, unangenehm berühren. In diesem Sinne ist jedoch nach dem B. G. B. nicht zu entscheiden. Dieser Schaden beruht nicht unmittelbar auf der Wertvernichtung der übergebenen Sache, sondern auf dem Verzuge des Verkäufers hinsichtlich der Eigentumsverschaffung. Nur die Gefahr des

[36]) Dem widerspricht nicht, daß das B. G. B. bei besonderen Fällen, z. Bsp. beim Versendungskauf [§§ 447, 446 B. G B.], eine solche Trennung ausnahmsweise anordnet.

[37]) Martinius a. a. O. S. 66.

Unterganges der Sache selbst aber ist mit der Übergabe übergegangen; für den hier in Frage stehenden Schaden gilt daher § 287 Satz 2 B. G. B., nach dem der Verkäufer auch für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung verantwortlich ist. Die Führung des zugelassenen Exculpationsbeweises kann mit Rücksicht darauf, daß der Prozeß ohne den Verzug überhaupt nicht geführt sein würde, als ausgeschlossen gelten, und der Verkäufer dürfte somit nach § 287 B. G. B. zur Erstattung der Prozeßkosten, als des speziell durch seinen Eigentumsverschaffungsverzug entstandenen Schadens, verpflichtet sein[38]).

Daß „unter Umständen", nämlich bei hartnäckigem, trotz Fristsetzung im Sinne des § 326 B. G. B. andauerndem, Verzuge des Verkäufers, welcher schließlich den Käufer zur Aufgabe der Aussicht auf Erfüllung seines Eigentumsverschaffungsanspruches nötigt, der Käufer günstiger gestellt wird, — daß dieser dann, aber auch nur unter Aufgabe seines Erfüllungsanspruches, ungeachtet eines etwaigen, zufälligen Unterganges der Sache, ein Schadenersatz- bezw. Rücktrittsrecht geltend machen [und damit in praxi den bereits erfolgten Gefahrübergang sozusagen wieder rückgängig machen] kann, ist eine dem entsprechenden Verhalten des Verkäufers durchaus angepaßte und damit begründete Steigerung seiner Haftpflicht.

II. Streitfragen im Regelfall.

a) Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges beim bedingten Kauf, beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt und beim Kauf in Bausch und Bogen.

§ 4.

Es soll nicht verkannt werden, daß auch bei der im B. G. B. gebotenen Regelung mancherlei Schwierigkeiten auftreten, es darf aber behauptet werden, daß sie verhältnismäßig geringfügiger

---

[38]) Der Käufer wäre allerdings — wegen der formalen Regelung im § 91 C. P. O. — stets gezwungen, die Kosten durch selbständige Klage zurückzufordern.

Natur sind. So beim aufschiebend [1]) bedingten Kauf im Falle einer vor dem Eintritt der Bedingung erfolgten Übergabe. Im Gesetz mangelt es an einer einschlägigen Sonderbestimmung, doch ohne daß dieser für die Entstehung einer Streitfrage günstige Umstand zu einer solchen geführt hätte. Man ist sich im allgemeinen darüber einig [2]), daß der Gefahrübergang nicht mit

[1]) Bei der auflösenden Bedingung ist kein Raum für eine Streitfrage; der Übergang der Gefahr ist bezüglich dieser unbestritten an die Übergabe geknüpft [vergl. Planck a. a. O. Anm. 2 c β zu § 446]. Hiermit nicht im direkten Zusammenhang steht die Frage, ob und in welchem Umfange bei dem inzwischen erfolgten zufälligen Untergange der Sache der Eintritt der Bedingung einen Einfluß im rückübertragenden Sinne ausübt. Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 5a zu § 446, meint, der Untergang der Sache in der Zwischenzeit bewirke die begriffliche Unmöglichkeit des Bedingungseintritts, weil der die Bedingung für das Rechtsgeschäft darstellende Umstand die Sache, die zu den essentialia negotii gehöre, nicht mehr vorfinde; er beläßt demgemäß die Gefahr beim Käufer. Planck a. a. O Anm. 2 c β hält dagegen begrifflich den Eintritt der Bedingung als solchen für möglich und läßt den Umfang der Erstattung des Kaufgeldes davon abhängen, ob man die Verpflichtung zur Rückerstattung als auf dem Kaufvertrag, wo der Käufer des Anspruchs nach § 323 B. G. B. ganz oder teilweise verlustig gehe, oder als auf ungerechtfertigter Bereicherung beruhend auffasse, wo der Verkäufer den ganzen Kaufpreis zu erstatten habe. Mit Rücksicht darauf, daß die Bedingung das Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung beseitigt, wird man, wie Planck, der letzteren Ansicht zuneigen.

[2]) Planck § 446 Anm. 2c α; Oertmann a. a. O. § 446 Anm. 5a; Windscheid-Kipp a. a. O. § 390 Anhang Ziffer 6; Fischer-Henle, B. G. B., § 446 Anm. 3. Dernburg, das bürgerliche, Recht, Bd. II § 124 Anm. 14; Endemann a. a. O. 5. Auflage Bd. I. S. 497. Schollmeyer a. a. O. II. Auflage S. 18.

Neumann, Handausgabe des B. G. B., Anm. I, 3 zu § 446, welcher sagt, es liege keine Übergabe der „verkauften" Sache vor, damit aber wohl nur behaupten will, es handele sich um keine im Sinne des § 446, also unbedingt, verkaufte Sache, denn um eine in einem Kaufvertrag befangene Sache handelt es sich stets.

Crome a. a. O. § 213 [S. 419], welcher aber die Gefahr der Verschlechteruug mit der Übergabe übergehen läßt.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I. S. 459; Cosack a. a. O. § 122 II, 9 [S. 419]; Goldmann und Lilienthal, das B. G. B. systematisch dargestellt, S. 482. Von diesen drei letzten wird außerdem hervorgehoben, daß bei Vereinbarung der rückwirkenden Kraft durch die Parteien die Übergabe entscheide. Daß das ganze Gebiet der Gefahrtragung nicht der Parteiabrede entzogen ist, bedarf kaum der Erwähnung; andererseits muß solche Abrede auch ausdrücklich geschehen, sie kann auch vielleicht aus besonderen Gründen, nicht aber ohne weiteres wie von Cosak in dem von ihm [S. 419] gegebenen Beispiel, als stillschweigend gewollt angenommen werden.

der Übergabe[3]), sondern mit dem Eintritt der Bedingung zu erfolgen habe. Dem dürfte beizustimmen sein. Denn obgleich ein Kaufvertrag, also auch eine Übergabe einer, wie sich der § 446 B. G. B. ausdrückt, verkauften Sache vorliegt, kann dieser Paragraph doch nicht Platz greifen. Dem Wortlaute nach sind zwar seine Voraussetzungen gegeben, es mangelt aber an der Erfüllung einer materiellen Voraussetzung, denn wie überhaupt alle Wirkungen des Kaufvertrages, so sind auch diejenigen aufschiebend bedingt, welche in Verbindung mit der Übergabe der Verkauf einer Sache sonst für die Frage der Gefahrtragung zur Folge hat. Es ist demnach kaum Raum für eine andere als die hier vertretene Ansicht.

Bestrittener ist dieselbe Frage beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt, bei dem nach der Auslegungsregel des § 455 B. G. B. die Übertragung des Eigentums im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Planck[4]) deduciert hier, konsequent seiner Ansicht über die Bedeutung des § 446 B. G. B.[5]), daß eine vor Eintritt der Bedingung geschehene Übergabe, weil nicht zum Zwecke endgültiger Eigentumsübertragung erfolgt, keine Übergabe im Sinne des § 446 B. G. B. sei und deshalb nicht die unter normalen Verhältnissen eintretende Folge des Gefahrüberganges auslösen könne; diesen vermöge erst der Eintritt der Bedingung herbeizuführen. Ebenso entscheidet Dernburg[6]), da die Übergabe nicht, wie § 446 B. G. B. es voraussetze, die rechtliche Verfügungsmacht verschaffe. Die Beurteilung dieser Ansicht führt lediglich zurück auf die bereits erörterte Frage, ob man unter der Übergabe des § 446 jede auf Grund eines Kaufvertrages erfolgende oder die das Eigentum verschaffende allein zu verstehen hat. Pflichtet man hierin der im Text[7]) vertretenen An-

[3]) So will Scherer Kommentar zum B. G. B. Bd. II, § 446 Anm. 5, welcher dahin gelangt auf Grund der Erwägung, daß mangels einer im Gesetz gegebenen Spezialbestimmung die Regel des § 446, also die Übergabe, entscheide.

[4]) Planck a. a. O. § 455 Anm. 2.

[5]) Vergl. S. 17 des Textes Anm. 9.

[6]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, § 171 Anm. 11.

[7]) Vergl. S. 16 des Textes.

sicht bei, so wird sich daraus mit logischer Folge die Entscheidung ergeben, daß, da ein endgültiger Kaufvertrag abgeschlossen und in keiner seiner Wirkungen, ausgenommen nur in Bezug auf den Eigentumsübergang [§ 455 B. G. B.], aufschiebend bedingt ist, der Übergang der Gefahr von der Einsetzung der Bedingung garnicht berührt wird, sich also der Regel des § 446 B. G. B. gemäß mit der Übergabe [8]) vollzieht. Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 455 B. G. B., der lediglich die dingliche Wirkung hinsichtlich des Eigentumsüberganges und die obligatorische hinsichtlich des Rücktrittsrechts als Besonderheiten hervorhebt, per argumentum e contrario im übrigen also es bei den allgemeinen Vorschriften bewenden lassen will.

Von geringer praktischer Bedeutung ist die im B. G. B. nicht geregelte Frage nach dem Gefahrübergang beim Kauf in Bausch und Bogen. Hierfür hatte das Allgemeine Landrecht [9]), welches ja im übrigen gleich dem B. G. B. auf dem deutschrechtlichen Prinzip fußte, eine Ausnahme, jedoch nur hinsichtlich der Gefahr der Verschlechterung, statuiert, indem es den Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgebend erklärte. Für das B. G. B. ist man hingegen, hierin den Motiven [10]) folgend, fast übereinstimmend [11]) zu der Ansicht gelangt, daß ein Grund zu einer irgendwie besonderen Behandlung nicht vorliegt und somit nach § 446 B. G. B. die Übergabe [12]) zu entscheiden hat [13]).

b) Die Zulässigkeit der Ersetzung der körperlichen Übergabe durch die Akte der §§ 929 ff B. G. B.

§ 5.

Ein lebhafteres Interesse und eine reichhaltigere Literatur verbindet sich mit den folgenden beiden, die Hauptstreitfälle dar-

[8]) Neumann a. a. O. § 455 Anm. 3; Martinius a. a. O. S. 69; das Recht 1903 Seite 546; Windscheid-Kipp § 390 Anhang Ziffer 6; Juristische Wochenschrift 1902 Seite 496; Fischer-Henle a. a. O. § 446 A. 3.

[9]) A. L. R. I. 11, §§ 117, 120. [10]) Motive a. a. O. II. S. 324.

[11]) Dagegen Dernburg, Bürgerliches Recht, II, § 169, welcher auf dem Boden des A. L. R. steht; vergl. auch Oertmann a. a. O., der auf die Analogie des Erbschaftskaufs verweist. [12]) Planck a. a. O. Anm. 2 d zu § 446.

[13]) Es wird allerdings, worauf auch die Motive II, S. 327 hinweisen, in der Praxis häufig anders sich gestalten, mit Rücksicht auf den in der Regel vorhandenen Willen der Parteien, von dem Untergange einzelner Stücke abzusehen.

stellenden, Fragen, von denen allerdings nur die erste vermöge ihres öfteren Vorkommens in der Praxis auf eine größere Bedeutung Anspruch machen kann, während die andere infolge des ihr im gemeinen Recht zukommenden Einflusses zwar noch zur häufigen Erwähnung Anlaß gibt, hauptsächlich jedoch nur von historischem Interesse ist. Es sind dies die Fragen zunächst nach der Zulässigkeit des Ersatzes der im § 446 B. G. B. zum Gefahrübergang vorgeschriebenen Übergabe durch die in den §§ 929 ff. B. G. B. für den Eigentumsübergang vorgesehenen Akte und sodann nach der Person des Gefahrträgers beim mehrfachen Verkauf derselben Sache.

Will man bei der ersten Frage die erwähnte Zulässigkeit des Ersatzes verneinen und zugleich streng an dem Erfordernis der körperlichen Übergabe festhalten, so kommt man zu dem — wie nicht bestritten werden dürfte — unbefriedigenden Ergebnis, daß ein Gefahrübergang jedenfalls bei der sogenannten brevi manu traditio des § 929, bei welcher jede Art der Übergabe fehlt, sich überhaupt nicht feststellen läßt; und nicht anders ferner auch bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 B. G. B.), bei dem es an einer körperlichen Übergabe wenigstens vom Verkäufer an den Käufer, in welcher Form sie der § 446 B. G. B. in Verbindung mit § 433 B. G. B. voraussetzt, ermangelt; des weiteren ist bei solcher Auffassung zu beachten, daß das sogenannte, im § 930 B. G. B. geregelte, Besitzkonstitut, sowie, wenn man etwa die Übergabe von einem Dritten an den Käufer als Übergabe im Sinne des § 446 B. G. B. ansehen will, auch die Abtretung des Herausgabeanspruchs [§ 931] eine weite Hinausschiebung des Gefahrüberganges bedingen. Dieser wird eventuell um Jahre später in eine Zeit, in welcher Eigentumsübergang bezw. Erfüllung längst vollzogen sind[1]), verlegt und in seiner Herbeiführung vielfach sogar vom Belieben des Käufers abhängig sein.

---

[1]) Vergl. das Bankier-Beispiel bei Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II § 174 III (S. 26). Dies Beispiel, ursprünglich auf die Planck'sche Ansicht gemacht, trifft für diese, wie sie in der neuesten Auflage dargelegt ist, nicht mehr zu, da nach dieser der Bankier durch die Übereignung erfüllt und sich damit der Gefahrtragung entledigt hätte; vergl. auch den Text im folgenden S. 37 ff.

Man hat auch auf anderer Seite[2]), diese Nachteile nicht verkennend, nicht die Notwendigkeit der körperlichen Übergabe als solchen, sondern nur negativ die Ausschließung der Ersatz-Übergabe ausgesprochen, mit der Begründung: der § 446 beziehe sich nur auf die, eine körperliche Übergabe erheischenden, Normalfälle des § 433 B. G. B., während der Gefahrübergang bei den übrigen Kaufgeschäften sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 323 zu vollziehen habe.

Wenn nun auch im § 433 B. G. B. das Erfordernis der Übergabe neben dem der Eigentumsverschaffung besonders hervorgehoben wird, so liegt doch hierin, wenigstens für bewegliche Sachen, bei denen schon zur Eigentumsverschaffung neben der Einigung die Übergabe[2a]) gehört, lediglich ein Pleonasmus. Dieser erklärt sich aus der Bestimmung des Paragraphen, auch die Grundstücksverkäufe zu regeln, und darf nicht zu der Annahme führen, der § 433 B. G. B., und demzufolge mit ihm auch der § 446 B. G. B., beziehe sich lediglich auf Normalkäufe, bei denen der Verkäufer „zur Übergabe verpflichtet ist und diese auch bewirkt“[3]). Denn dann würde man dahin gelangen müssen, für alle übrigen Kaufgeschäfte, welche durch Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs oder brevi manu traditio[4]) erfüllt werden, die Geltung des grundlegenden

---

[2]) Planck a. a. O. § 446 Anm. 2 b; Endemann a. a. O. 8 Aufl. I § 159a Anm. 36 [S. 950].

[2a]) Dazu, die „Übergabe“ des § 433 lediglich als eine körperliche und die des § 929 als eine die sog. Ersatzübergabe mitumfassende aufzufassen, bietet der Gesetzestext keinen Anlaß.

[3]) Planck § 446 Anm. 2 b.

[4]) Eine Sonderstellung kann der brevi manu traditio, die in derselben Weise eine Abweichung vom Normalfall des § 433 darstellt m. E. nicht, wie Planck [§ 446 Anm. 2 b] ohne Angabe von Gründen will, eingeräumt werden. Zwar spricht der Wortlaut des Gesetzes nur beim Besitzkonstitut und der Abtretung des Herausgabeanspruchs von einem „Ersetzen“ der Übergabe und unterscheidet daher damit in gewisser Weise zwischen diesen beiden Rechtsinstituten einerseits und der brevi manu traditio andererseits; indessen erklärt sich dies zur Genüge daraus, daß bei letzterer überhaupt ein Ersatz für die fortgefallene Übergabe nicht eintritt, vielmehr nach § 929 die Einigung allein „genügt“. Hieraus folgt lediglich, daß es formell ungenau ist, von drei Arten der „Ersatz-Übergabe“ zu reden, sachlich aber stellen sich die brevi manu traditio wie das Besitzkonstitut und die Abtretung des Herausgabeanspruchs

§ 433 B. G. B. und damit sämtlicher über den Kauf im B. G. B. enthaltenen Paragraphen — es ist nicht einzusehen, warum lediglich des § 446 — zu verneinen; es würden also diese Geschäfte nach den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge zu behandeln und überhaupt dann nur als solche und nicht mehr als Käufe anzusprechen sein. Man wird zugeben müssen, daß, wenn man — und darüber dürfte kaum Zweifel obwalten — letztere Konsequenzen zu ziehen ablehnt, die Ausschaltung lediglich des § 446 und seine Ersetzung durch die allgemeinen Vorschriften [des § 323] kaum irgendwelche Unterstützung zu finden vermag. Man wird daher den § 446 in Bezug auf die Übergabe extensiv zu interpretieren und, auch schon um der Praxis einen gangbaren Weg zu weisen, in analoger Anwendung[5]) der für den Eigentumsübergang geltenden Vorschriften des § 929 ff. B. G. B. auf den Gefahrübergang, die Zulässigkeit des Ersatzes

---

dem § 433 gegenüber in gleicher Weise als eine Abweichung vom Regelfall dar, welche Gleichartigkeit auch nur die Gleichartigkeit der rechtlichen Behandlung zu rechtfertigen vermag.

Im übrigen kann mangels irgend eines Ersatzes für die Übergabe gerade für die brevi manu traditio [wie Planck § 446 Anm. 2 b will] der § 446 nicht in Frage kommen, vielmehr muß hier der Gefahrübergang notwendigerweise an die allein übrig bleibende Einigung und damit an den Eigentumsübergang geknüpft werden. Dies hat zur Folge, daß — bei folgerichtiger Durchführung der Ansicht von Planck — im Endresultat für die brevi manu traditio [zum mindesten hinsichtlich der beweglichen Sachen] ebenso wie für das Besitzkonstitut und die Abtretung des Herausgabeanspruchs die Erfüllung der im § 323 B. G. B., d. h. Leistung bezw. Eigentumsübertragung, zu fordern sein würde. — Ein Grund für die von Planck der brevi manu traditio eingeräumte Ausnahmestellung wird daher auch hieraus nicht ersichtlich.

[5]) Allerdings dürfte Cosack a. a. O. I § 122, 5 [S. 418] darin beizupflichten sein, daß die Akte der §§ 930, 931 B. G. B. entweder Übergabe sind und infolgedessen nicht als Ersatz der Übergabe hätten bezeichnet werden sollen, oder aber, daß sie es nicht sind und dann einschließlich der brevi manu traditio nicht nur bei der Übereignung, sondern auch bei der Gefahrübertragung der Erwähnung bedurft hätten. Die Zweifelhaftigkeit des Analogieschlusses von der Übereignung auf die Gefahrübertragung ist bei dem „lockeren Zusammenhang zwischen diesen beiden Rechtsinstituten" nicht zu verkennen, es muß jedoch, wie auch von Cosack selbst, trotzdem, aus den im Text gegebenen Erwägungen heraus, an der dort vertretenen Auffassung festgehalten werden. Vergl. dagegen Goldmann-Lilienthal, die den Analogieschluß vermeiden wollen.

der im § 446 vorgeschriebenen Übergabe durch die brevi manu traditio, Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs anzuerkennen haben[6]). Es bleibt noch hinzuzufügen, daß angenommen werden muß, das B. G. B. wollte, obwohl es die Ersatzübergabe unter dem Titel: „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen" behandelt, für Grundstücke, hinsichtlich derer es an einschlägigen Bestimmungen überhaupt fehlt, keine abweichende Regelung eintreten lassen, zumal auch für diese die drei Akte der §§ 929 ff. B. G. B. nicht entbehrlich erscheinen[7]).

c) Die Person des Gefahrträgers bei mehrfachem Verkauf desselben Grundstücks.

§ 6.

Die Bedeutung der weiteren, für das gemeine Recht ziemlich wichtigen, Frage nach der Gefahrtragung bei mehrfachem Verkauf derselben Sache ist für das B. G. B. stark herabgemindert. Dieselbe Frage kann überhaupt, da der Vertragsabschluß als solcher nach B. G. B. jeglichen Einflusses auf den Gefahrübergang entbehrt[1]), nur in modifizierter Form dahin aufgeworfen werden: Wer trägt die Gefahr bei einer Wiederholung der nach B. G. B. den Gefahrübergang bewirkenden Umstände?

Es wird im allgemeinen die Ansicht vertreten, daß hier für das B. G. B. nur ein Streitfall in Frage komme, welcher aus Anlaß eines Grundstücksverkaufs durch Übergabe an den einen und durch Eintragung eines anderen Käufers entsteht, somit also eine Wiederholung der Übergabe resp. der Eintragung unter sich

---

[6]) Oertmann a. a. O. §. 446 Anm. 1 a; Dernburg, Bürg. Recht, II § 174, III; Crome a. a. O. § 213 [S. 416]; Cosack a. a. O. § 122, II, 5; Martinius a. a. O. S. 55; Schollmeyer a. a. O. II Aufl. S. 18; Matthiaß a. a. O. S. 459.

Enneccerus und Lehmann, das bürgerliche Recht, I § 241 Anm. 8. Staudinger, Kommentar zum B. G. B., § 446 Anm. I, 2 d, der allerdings für den Fall der Abtretung des Herausgabeanspruchs Bedenken ausspricht.

[7]) Oertmann a. a. O. § 446 Anm 1b; Cosack a. a. O. § 122 II 5. [S. 418]; Martinius a. a. O. S. 55.

Für Grundstücke kommt naturgemäß der § 931 nur für den Fall des § 870 in Betracht.

[1]) Ausgenommen beim Erbschaftskauf, B. G. B. § 2380, vergl. S. 46 des Textes.

ausgeschlossen sei. Letzteres ist ohne weiteres einleuchtend für die Eintragung und ebenso für die Übergabe, wenn man die sogenannte Ersatzübergabe für den Gefahrübergang ganz ausschaltet. Tut man dies aber nicht, wie im Text geschehen, so könnte man zweifelhaft sein, insofern als nach vorangegangenem [2]) Besitzkonstitut mit einem Käufer, bezw. nach Abtretung des Herausgabeanspruchs an diesen, eine körperliche Übergabe an einen zweiten Käufer, und zwar beide Male durch denselben Verkäufer, erfolgen kann [3]). Es ist hier jedoch in Betracht zu ziehen, daß es sich nicht um zwei miteinander kollidierende und deshalb ineinander greifende Kaufverträge handelt, welche — wie beim Grundstücksverkauf der erwähnten Art — gegenseitig ihrer Erfüllung entgegenstehen, sondern um zwei nacheinander vollzogene, von einander völlig gesonderte und unabhängige Verträge, bei denen die Erfüllung des ersten keineswegs durch das Dasein des zweiten gehindert wird, bei denen sogar regelmäßig — was übrigens unerheblich ist — der erste durch die (der Einigung gewöhnlich nachfolgende) [Ersatz]-Übergabe bereits erfüllt sein wird, und deren erster naturgemäß — damit wird die Frage nach der Möglichkeit einer Streitfrage vereint — als selbstständiger Kaufvertrag ohne Rücksicht auf den zweiten Vertrag den Gefahrübergang herbeigeführt hat, deren zweiter also dem ersten gegenüber ähnlich anzusehen ist, wie etwa ein nochmaliger Verkauf einer vielleicht bereits vor längerer Zeit an einen Dritten veräußerten Sache. Für die Annahme eines Streitfalles analog dem, bei welchem ein Erwerber die Übergabe, ein anderer die Eintragung hinsichtlich desselben Grundstücks erwirkt hat, ist daher kein Raum; es muß für das B. G. B. mit der herrschenden Ansicht die Streitfrage auf den hervorgehobenen Fall des Grundstücksverkaufs beschränkt werden [4]).

---

[2]) Eine umgekehrte Reihenfolge, also mit vorangehender körperlicher Übergabe, kann niemals in Frage kommen, da dann der Besitz, den die §§ 930 ff. erfordern, verloren ist.

[3]) Vergl. Cosack a. a. O. § 125 VI [S. 437].

[4]) Aus den voranstehenden Erwägungen heraus dürften auch die Beispiele I und II bei Cosack a. a. O. § 125, VI nicht für zutreffend zu erachten sein.

Die meisten Anhänger der verschiedenen, hier in Frage kommenden Auffassungen zählt diejenige, welche dem Eintragungsempfänger die Gefahr auferlegt [5]). Planck [5]) und Oertmann [5]) führen zur Begründung an, daß der Verkäufer sich dem Besitzempfänger gegenüber schuldhaft in die Unmöglichkeit der Leistung versetzt habe, mithin zwar letzterer durch sein Recht zum Schadensersatz bezw. Rücktritt geschützt sei, nicht aber der Eintragungsempfänger, der deshalb allein als gefahrtragender Teil für die Zahlung des Kaufpreises hafte. Damit daß es für diesen verhältnismäßig leicht sei, „sich das ihm Fehlende", den Besitz, „ohne besonderen Entgelt hinzuzuverschaffen" [6]), rechtfertigen weiter Oertmann und mit ihm Crome [6]) diesen Standpunkt.

Es ist hierzu zu bemerken, daß der Verkäufer sich in gleicher Weise wie dem Empfänger der Übergabe, so auch dem der Eintragung [7]) gegenüber [wenigstens zunächst] ins Unvermögen der Erfüllung gesetzt hat. Die etwaigen größeren Schwierigkeiten aber, die sich dem Verkäufer hinsichtlich der Wiedererlangung der Eintragung gegenüber der des Besitzes entgegenstellen, sind jedenfalls nicht als geeignet anzuerkennen, irgendwie auf Verpflichtungen des anderen Vertragsteiles ausschlaggebend zu wirken; dies um so weniger, da sie für den Fall des Unterganges des Grundstücks nicht einmal praktisch werden können. Ob ferner der Käufer leicht durch Tätigkeit seinerseits die dem Verkäufer obliegende Erfüllung herbeizuführen vermag, ist unerheblich. Schließlich ist nicht zu übersehen, daß die Bevorzugung des Besitzempfängers lediglich auf Grund der Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel geschieht; daß diese aber den Gefahrübergang an sich nicht tangiert, wenn sie auch vielleicht die Zahlungsbefreiung des anderen Vertragsteiles bewirkt, — daß die Fragen nach der Haftung für Rechtsmängel und nach dem Gefahrübergang nichts miteinander zu tun haben, ist bereits [8]) darzulegen versucht worden.

---

[5]) Planck a. a. O. § 446, Anm. 2 b β; Staudinger a. a. O. § 446 Anm. I, 2. f. Oertmann a. a. O. § 446, Anm. 5 c; Crome a. a. O. II, Seite 419.

[6]) Vergl. Crome in Anm. 5.

[7]) Damit übereinstimmend: Martinius a. a. O. S. 72 Abs. 2. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 241 Anm. 9, vergl. aber S. 42 des Textes.

[8]) Vergl. S. 16 Anm. 8 des Textes.

Übergangen werden kann der nicht als zutreffend anzuerkennende und nur früher — von Endemann[9]), der seine Ansicht geändert[10]) hat — vertretene Standpunkt, welcher dem Besitzempfänger die Gefahr auferlegt.

Das Hauptgewicht auf die angeblich dolose Handlungsweise des zweimal verkaufenden Verkäufers legen im allgemeinen diejenigen, welche keinen der Käufer für den Kaufpreis haften lassen[11]). Abgesehen davon, daß ein Dolus des Verkäufers nicht notwendig immer vorliegen muß, ist dem entgegenzuhalten, daß im Gesetz und auch sonst kein Anhaltspunkt für einen durch das [von Cosack[11]) so genannte] „Doppelspiel" bedingten Ausschluß des Gefahrüberganges gegeben ist. Wenn weiter Enneccerus und Lehmann beide[12]) Käufer durch Gewährung des Rücktrittsrechtes auf Grund der vom Verkäufer zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit der Preiszahlung überheben, so ist damit wohl eventuell die Schadens- nicht aber die Gefahrtragung geregelt. Es haben hier die Vorschriften über Haftung für Rechtsmängel Anwendung gefunden, solche können aber, wie bereits früher[13]) hervorgehoben wurde, wegen der Unabhängigkeit des Gefahrüberganges von dieser Haftung nicht angezogen werden.

Diese Erwägungen brauchen nicht dazu zu führen, beide Käufer die Gefahr tragen zu lassen.[14]) Schon vom Laienstandpunkte aus ließe sich hiergegen eine ungerechtfertigte Begünstigung des Verkäufers geltend machen. Hellmann[14]) findet allerdings solches Ergebnis nicht unbefriedigend, weil der Verkäufer nicht auf den Untergang bezw. die Verschlechterung spekulieren könne, mithin auch einer eventuellen Doppelhaftung gewärtig sein müsse. Letzteres ist an sich formell richtig, jedoch kann diese Gegenüberstellung der doppelten Haftung und Forderungsberechtigung, da ihr Inhalt maßgebend ist, nur mit Einschränkungen als zu-

[9]) Endemann a. a. O. I. 5. Auflage § 157 Nr. 23 [S. 956]

[10]) Endemann a. a. O. I. 8. Auflage § 159 Anm. 52.

[11]) Cosack a. a. O. § 125 VI, Beispiel III.

[12]) Enneccerus und Lehmann a. a. O. I § 241 Anm. 9; vergl. auch Seite 41 des Textes Anm. 7.

[13]) Vergl. Seite 16 des Textes Anm. 8.

[14]) Schollmeyer a. a. O. II. Auflage Seite 18. Martinius a. a. O. S. 76. Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. IV [resp. XXXX] S. 204.

treffend erachtet werden. Beim Untergange der Sache besteht der Gewinn zwar in der unverkürzten Einnahme eines Kaufpreises, im correspondierenden Falle der Verlust dagegen nur in der — abgesehen von Ausnahmefällen — regelmäßig geringeren Summe, um welche die Schadensforderung des ersatzberechtigten, anderen Käufers den Kaufpreis übersteigt. — Und kann ferner ein Schuldner, der zum Schadensersatz auf Grund seines Unvermögens — eines von ihm [wenn auch vielleicht nicht wegen Arglist etc.] zu vertretenden Umstandes — verpflichtet ist, und der den [eventuellen] Wegfall der Ersatzpflicht nur dem Zufall zu danken hat, billigerweise entsprechend seiner ihn sonst mit Fug und Recht treffenden doppelten Haftung eine doppelte Zahlung beanspruchen, statt sich bei dem Fortfall seiner Ersatzpflicht zu bescheiden? Man hat diesen Gedanken schon von jeher, auch bei der verwandten Streitfrage des gemeinen Rechts, als nicht dem Rechtsgefühl entsprechend empfunden.[15])

Die die Zahlungspflicht beider Käufer feststellende Entscheidung wird von Martinius[16]), Dernburg[17]) und Cosack[18]), welch letzterer nachher zu einem anderen Endresultat[19]) kommt, als die auf Grund des § 446 B. G. B. sich ergebende prinzipielle aufgestellt. Dernburg weist jedoch den Anspruch „vor allem gegen den zweiten Käufer als gegen die guten Sitten verstoßend" zurück, und Martinius giebt ihn dann nicht, wenn dem Verkäufer arglistige Täuschung zur Last fällt. Zunächst ist vorweg gegen erstere Ansicht mit Schollmeyer[20]) geltend zu machen, daß nicht jeder Doppelverkauf gegen die guten Sitten verstößt[21]) und gegen die letztere, daß ein von der — um gemeinrechtlich zu reden — bona fides des Verkäufers abhängiger Gefahrübergang zwar von dessen, nicht aber des Käufers Standpunkt aus sympathisch berührt. Daß im übrigen ein Anspruch, weil er gegen die guten

---

[15]) Vergl. Martinius a. a. O. Seite 69, VI.

[16]) Martinius a. a. O. S. 72.

[17]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II § 174 Anm. 9.

[18]) Cosack a. a, O. § 125 VI S. 436.

[19]) Cosack a. a. O. § 125 VI S. 437 Beispiel III; vergl. S. 41, 42 des Textes.

[20]) Schollmeyer a. a. O. II. Aufl. S. 18.

[21]) Z. Bsp. beim Verkauf ohne gegenseitige Kenntnis einmal durch den Eigentümer selbst und sodann durch seinen Bevollmächtigten.

Sitten verstößt, zurückzuweisen ist, bestimmt das Gesetz nicht. Ob aber der dem Anspruch zu Grunde liegende zweite Verkauf, selbst wenn dem Verkäufer die ganze Sach- und Rechtslage bekannt ist, als ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten und demnach als nichtig aufzufassen ist, dürfte sehr zweifelhaft sein, zumal dann in ähnlicher Weise jeder durch den Dieb vorgenommene Verkauf einer gestohlenen Sache hinsichtlich der Gefahrtragung gleichartig behandelt werden müßte.

Was eine eventuelle arglistige Täuschung seitens des Verkäufers betrifft, so mag dahingestellt bleiben, ob sie infolge Vornahme eines zweiten Verkaufs bei Kenntnis der Verhältnisse anzunehmen ist; jedenfalls wird durch Anwendung der Schutzbestimmung des § 123 B. G. B., der Anfechtung, ein Rechtsmittel angewendet, welches ähnlich der Geltendmachung der Haftung für Rechtsmängel nur die Frage der Schadens-, nicht aber der Gefahrtragung betrifft und deshalb bei einer Betrachtung nur über die letztere ausgeschaltet werden muß. Die Arglist an sich ist nicht im Stande, irgend welchen Einfluß auszuüben; vor der Anfechtung oder bei ihrer Unterlassung existiert sie überhaupt für das Rechtsgeschäft nicht; das Rechtsgeschäft selbst aber ist vorhanden und entbehrt daher bis zu der, noch außerdem fraglichen, Anfechtung völlig einer Gefahrregelung, man müßte denn schon erst einen Übergang und dann einen Rückübergang der Gefahr mit rückwirkender Kraft annehmen; angesichts dieser Schwierigkeiten wird man sich nicht der Notwendigkeit entziehen können, falls man überhaupt auf dem grundsätzlichen Standpunkt des doppelten Gefahrüberganges steht, diesen auch für den Fall der Arglist gelten zu lassen. Daß er zu Härten führe und auch für ihn im Ergebnis nicht sympathisch sei, giebt Martinius gelegentlich der Besprechung der Fälle, wo keine Arglist vorliegt, selbst zu[22]), bedauert jedoch, daß die „unerbittliche Logik“ nach den Grundsätzen des 446 B. G. B. einen anderen Ausweg nicht zulasse.

Es ist demgegenüber nach § 446 B. G. B. davon auszugehen — und damit wird zugleich der diesseits vertretene Standpunkt in der Streitfrage dargelegt —, daß prinzipiell dieser

[22]) Martinius a. a. O. S. 76.

Paragraph den Gefahrübergang nicht kumulativ an die Übergabe und gleichzeitig auch an die Eintragung, sondern alternativ an die Übergabe oder an die Eintragung, falls diese früher erfolgt, knüpft. Ein vom § 446 ausgehender logischer Zwang, im Sinne der zuletzt erörterten Ansicht zu entscheiden, vermag daher nicht anerkannt zu werden. Es muß auch darauf hingewiesen werden, daß hinsichtlich eines Gegenstandes die Gefahr bei einem Verkaufe begrifflich nur einmal übergehen kann, wie denn auch im Normalfall niemand von einem nochmaligen Gefahrübergang an denselben Käufer beim Eintritt des nachfolgenden Aktes spricht. Es liegt aber kein Grund vor, bei verschiedenen Käufern eine andere Rechtslage anzunehmen, zumal nicht einzusehen ist, wie es möglich sein soll, daß der Verkäufer, der sich der Gefahr beim ersten Verkauf völlig entledigt hat, beim zweiten Verkauf in der Lage ist, seinerseits nochmals die Gefahr zu übertragen[23]).

Der § 446 räumt, wie erwähnt, der Eintragung nur dann einen Einfluß ein, wenn sie vor der Übergabe erfolgt. Die beiden maßgebenden Rechtsvorgänge wirken demnach nicht entscheidend nach ihrer eventuellen materiellen Bedeutung, sondern nach ihrem zeitlichen Eintreten; es dürfte das gegebene, wenigstens aber das zunächstliegende sein, dies für den Regelfall im § 446 niedergelegte Prioritätsprinzip auch für den hier vorliegenden Ausnahmefall in Anwendung zu bringen. Auch im Ergebnis ist diese Entscheidung durchaus annehmbar, insbesondere weil bei der zwischen den beiden Rechtsakten hinsichtlich des Gefahrüberganges herrschenden materiellen Gleichwertigkeit und Rivalität für diese Regelung die gleichen Gründe wie im Normalfall des § 446 streiten. Man darf nicht einwenden, hiermit sei nichts gewonnen, da beide Akte, die Übergabe für den einen, die Eintragung für den anderen Käufer das zuerst eintretende Moment bildeten; dies ist nicht das Entscheidende, es kann hier vielmehr nur auf den objektiven Tatbestand ankommen. Diese Erwägungen führten dazu, denjenigen der beiden Käufer als Gefahrträger anzunehmen, der zeitlich zuerst entweder die Übergabe oder die Eintragung erwirkt hat[24]).

---

[23]) Vergl. hinsichtlich des Sprachgebrauchs S. 13. des Textes Anm. 2.

[24]) Vergl. Endemann a. a. O. 8. Auflage I, § 159 Anm. 52 [S. 956].

III. Ausnahmen.

a) Der Erbschaftskauf.

§ 7.

Das B. G. B. ist von seiner Regel keinmal zu Gunsten eines späteren Gefahrüberganges abgewichen, wohl aber verlegt es diesen für einige Ausnahmefälle in verschiedener Weise auf einen der Übergabe vorangehenden Zeitpunkt[1]). Relativ am frühesten tritt der Gefahrübertragung beim Erbschaftskauf ein, und zwar gemäß § 2380 B. G. B. bereits mit dem Abschlusse des Vertrages. Es gilt hier also das für das gemeine Recht im allgemeinen maßgebende Prinzip. Dieser Ausnahmefall bietet praktisch sowohl, da er sich verhältnismäßig selten ereignet, als auch — will man nicht alle Streitfragen des gemeinen Rechts wieder heranziehen — theoretisch kaum ein größeres Interesse. Gerechtfertigt erscheint die hier getroffene Regelung aus dem Wesen des Erbschaftskaufes heraus. Der Käufer rückt zwar nicht wie nach allgemeinem Landrecht[2]), unmittelbar in die Stellung als Erbe ein, sondern kauft nur die einzelnen Nachlaßgegenstände [2a]) [wenn auch] in ihrer Gesamtheit, andererseits sind ihm jedoch manche, durch das Wesen des Erbschaftskaufes bedingte Rechte[3]) zugebilligt, welche bereits in die Zeit vor dem Abschluß des Verkaufs hineingreifen und als Äquivalent eine möglichst baldige Gefahrübertragung wünschenswert erscheinen lassen[4]).

b) Der Annahmeverzug des Käufers.

§ 8.

Beim Annahmeverzuge ist die Rechtslage so gestaltet, daß der Schuldner einer Leistung durch nicht in seiner, sondern des

[1]) Der Vollständigkeit halber sei, wenn es auch über den Rahmen der Aufgabe hinausgeht, der § 56 der Zwangsversteigerungsgesetzes erwähnt.

[2]) A. L. R. I. 11, § 474.

[2a]) Vergl. Strohal, das deutsche Erbrecht, 22 Auflage § 97 V. Frommhold, das Erbrecht des B. G. B. § 2371 Anm. 1. Dernburg, bürgerl. Recht Bd. V. § 191 VII [S. 542].

[3]) Z. Bsp. beim Verbrauch eines Erbschaftsgegenstandes durch den Verkäufer § 2375 B. G. B.

Vergl. Endemann a. a O. I. 5. Auflage Seite 368 Anm. 35; ferner Motive a. a. O. II. S. 360.

Gläubigers Person liegende Gründe an der Erfüllung gehindert ist. Es ist daher billig, ihn, wie es der § 300 B. G. B. allgemein für alle Rechtsgeschäfte, also auch für den Kauf, bestimmt, von diesem Augenblick an hinsichtlich des Gefahrüberganges so anzusehen, als hätte er [wie hierzu im allgemeinen nach § 323 erforderlich] erfüllt. Nichts anderes würde naturgemäß für Gattungssachen zu gelten haben, wenn nicht für diese im Absatz 2 des § 300 B. G. B. eine, nicht sehr bedeutsame, Beschränkung speziell auf den Angebots-Annahmeverzug festgesetzt wäre; letzteres erklärt sich aus der Härte, die darin liegen würde, einem eventuell nach § 296 B. G. B. lediglich aus Vergeßlichkeit in Verzug geratenen Gläubiger die Gefahr aufzuerlegen. Hinsichtlich der Gattungssachen bleibt noch zu beachten, daß — und dies ergiebt sich ohne nähere Erläuterung aus dem Wesen der Gattungsschuld von selbst — begrifflich ein Gefahrübergang nur nach vorheriger Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Sache möglich ist. Denn vorher gilt § 279 B. G. B., welcher den Schuldner zur Leistung, solange sie überhaupt aus der Gattung noch möglich ist, verpflichtet. Die im gemeinen Recht so genannte Konkretisierung des Schuldverhältnisses ist also eine unumgängliche Voraussetzung, welche auch die Motive hervorheben: „Es kann begrifflich erst mit der Verwandlung der Genusobligation in eine Speciesobligation von einem Übergange der Gefahr die Rede sein."

Über die Frage nach dem Zeitpunkte dieser Konkretisierung gab es im gemeinen Recht eine berühmte Controverse zwischen Thöl, der die Ausscheidungstheorie verfocht, und Ihering, dem Begründer der Lieferungs- oder Erfüllungstheorie. Thöl stellte 1841 in seinem Werk: „Das Handelsrecht" die Theorie auf, daß bei Gattungskäufen der Übergang der Gefahr an die Ausscheidung der Sache, verbunden mit einer Anzeige an den Käufer, geknüpft sei. Gegen ihn wendete sich im Jahre 1861 Jhering[1]), indem er der Ausscheidung als solcher die Bedeutung für den Gefahrübergang absprach und letzteren mit dem Momente als vollzogen ansah, wo der Verkäufer „seinerseits alles getan hat, was ihm

[1]) Jhering in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Jhering Bd. IV, S. 366 ff.

kontraktlich oblag. — Die Kontroverse zwischen Thöl und Ihering existiert nach dem Inkrafttreten des B. G. B. nicht mehr; dieses hat die Lieferungstheorie[1a] zu Grunde gelegt und im § 243 Absatz 2 die Konkretisierung des Schuldverhältnisses und damit den Gefahrübergang [gegebenen Falls] von „der Leistung des seinerseits Erforderlichen“ durch den Schuldner abhängig gemacht. Daß hierzu ein gewisses Individualisieren, ein Abgrenzen und Ausscheiden aus dem übrigen Genus gehört, ist ein Gedanke, der sich bereits aus der geschilderten, begrifflichen Notwendigkeit der Ausscheidung für den Gefahrübergang ergibt und keiner näheren Erörterung bedarf. Dies kann auch wohl kaum Ihering haben leugnen wollen, wenn er schreibt, „die Ausscheidung sei weder erforderlich noch ausreichend“ [2]), sondern mit diesen Worten wollte er etwas anderes — was[3]) wird genauer an späterer Stelle[3a]) ausgeführt werden — ausdrücken. Dies beweist ja schon der Umstand, daß er in seinem Beispiel[4]) von dem Kohlenhändler sehr wohl die Abmessung von 1200 — wenn auch nicht von zwei Mal je 600 — Zentnern zwecks Erfüllung seiner kontraktlichen Obliegenheiten, m. a. W. also auch eine Ausscheidung verlangt.[5]).

Man hat gesagt[6]), das B. G. B. habe durch die §§ 300, 447, 644 den Inhalt der nach § 243 Absatz 2 hinsichtlich

---

[1a]) Der Ausdruck ist insofern ungenau als bei Holschulden der Schuldner bereits mit der Ausscheidung und Aufforderung zur Abholung das seinerseits Erforderliche getan hat.

[2]) Jhering a. a. O. S. 438.

[3]) Nämlich, daß die Ausscheidung an sich einer ausschlaggebenden, wenn auch nicht jeder, Bedeutung entbehre.

[3a]) Vergl. S. 53 des Textes.

[4]) Bezüglich des von Jhering a. a. O. S. 367 gegebenen Beispiels vergl. S. 52 des Textes Anm. 8.

[5]) Jhering würde wohl kaum in dem genannten Beispiele dieselbe Endentscheidung getroffen haben, wenn der Kohlenhändler dem Schiffer nicht 1200 Zentner zugemessen [also keine Ausscheidung vorgenommen], sondern ihn nur angewiesen hätte, von einem Haufen Kohlen auf seinem Lagerplatz einfach soviel zu entnehmen, als seine Schiffe fassen könnten [ohne daß deren Rauminhalt bekannt wäre], und ein eventuell bei der Ablieferung sich herausstellendes Plus oder Minus [als 1200 Zentner] nachzuholen resp. zurückzubringen.

[6]) Neumann a. a. O. § 243 Anm. 2 b; vergleiche auch Windscheid-Kipp, a. a. O. § 255 Nachtrag Ziffer 3a [Seite 37].

Gattungssachen geforderten Leistungspflicht [des seinerseits Erforderlichen durch der Schuldner] enger als es der Regel entspreche, präcisiert, indem es diese Leistungspflicht auf Grund des § 300 Absatz 2 bereits mit dem Eintritt des Annahmeverzuges und ferner auf Grund des § 447 — der § 644 interessiert hier nicht — für den Versendungskauf mit der Übergabe der Sache an den Spediteur etc. als erfüllt ansehe. Dieser rechtlichen Konstruktion, aus der man insbesondere auch die Anwendbarkeit des § 447 auf den Gattungskauf herleitet, ist zuzustimmen. Deshalb ist nicht etwa anzunehmen, daß, wenn der § 300 Absatz 2 den Gefahrübergang an den Angebots-Annahmeverzug knüpft, dieser hierfür unter allen Umständen genügt. Man muß sich gegenwärtig halten, daß damit in der Hauptsache nur eine zeitliche Verschiebung festgesetzt wird, im übrigen aber auch hier zur Konkretisierung die Leistung des „seinerseit Erforderlichen" nach § 243 Absatz 2 gefordert wird; die Verhältnisse und Bedingungen, soweit sie nicht direkt durch die Verschiebung berührt werden, bleiben dieselben wie im Regelfall des § 243 Absatz 2 und fallen nicht etwa durch Nichterwähnung fort. Dies gilt insbesondere auch von der Ausscheidung; war eine solche, wie oben [7]) entschieden ist, zur Erfüllung der im § 243 Absatz 2 gesetzten Voraussetzungen erforderlich, so muß sie es demnach auch für den Fall des § 300 Absatz 2 B. G. B. [und nicht minder des § 447 B. G. B.] [8]) sein [9]).

c) Der Versendungskauf.

§ 9.

Der § 447 B. G. B. regelt den Gefahrübergang bei Versendung der verkauften Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte [1]), faßt also damit eine Abweichung von dem

[7]) Vergl. Seite 48 des Textes.

[8]) Vergl. Seite 48 des Textes.

[9]) Vergl. R. G. Entsch. Bd. 57. Seite 404; Motive II a. a. O. Seite 74. a. M. Fischer-Heule a. a. O. § 300 Anm. 5.

[1]) Wird nach dem Erfüllungsort versandt, so geht nach der Regel des § 446 die Gefahr erst mit der Übergabe, d. h. der Aushändigung der Sache an den Käufer, über. Anderer Ansicht ist Cosack § 122 II 3 c, der auch dann schon mit der Absendung die Gefahr übergehen läßt; dagegen spricht per argumentum e contrario die in diesem Sinne ausdrücklich für den Ausnahmefall des § 447 getroffene Regelung.

regelmäßigen Bestimmungsort der Sendung ins Auge, sagt aber nichts darüber, von wo aus dann die Versendung regelmäßig zu geschehen hat, und welche Folgen eine Änderung dieses Ortes für die Gefahrtragung nach sich zieht. Und doch ist letztere Frage praktisch von der größten Wichtigkeit. Wie oft wird es vorkommen, daß ein Zwischenhändler Waren direkt vom Wohnort des Produzenten oder von einem Hafenplatz aus an eine vom Käufer angegebene Adresse sendet! Kann man das Schweigen des B. G. B. dahin interpretieren, daß hier dem Verkäufer freie Wahl gelassen sei? doch wohl nicht. Denn ein Aufkaufen von Waren zu billigen Preisen im Produktionslande, von wo aus nur ein, die unverhältnismäßige Billigkeit an Ort und Stelle der Produktion bedingender, gefährlicher und kostspieliger Transport möglich ist, und die Absendung aus dieser Gegend, gemäß §§ 447, 448 auf Gefahr und Kosten des Käufers, würde schon den Vorschriften über die im Verkehr zu beobachtende Sorgfalt [bezw. über die eines ordentlichen Kaufmanns] widersprechen und daher den Verkäufer haftbar machen. Aber auch ohne jedes Verschulden des letzteren können doch, wenn ihm die Wahl des Absendungsortes freisteht, solche ungerechtfertigten Verschiedenheiten bezüglich der Gefahrtragung auftreten, daß hier, um den Käufer nicht der Willkür des Verkäufers auszusetzen, die Schaffung einer einheitlichen Basis durchaus wünschenswert erscheint. Das Naturgemäße und überhaupt wohl einzig Mögliche wird es dann sein, den Erfüllungsort [2]) im Zweifel als Absendungsort des § 447 anzusehen [3]). Bei einem Verstoß hier-

[2]) Vergl. Staub, Kommentar zum H. G. B. Bd. II. S. 1402 Anm. 37; Lehmann nnd Ring, Kommentar zum H. B. Bd. II. S. 194 Nr. 28; R. O. H. G. Entsch. Bd. XVI. S. 51.

[3]) Diese Regelung wird auch den tatsächlichen Verhältnissen in der Praxis am besten gerecht, und sie wird auch dem Gesetzgeber bei der Fassung des § 447 vorgeschwebt haben. Wird man doch nur, wenn man diese Auffassung teilt, es billigen können, daß hier eine Ausnahme von der Regel des § 446 B. G. B. gemacht wird, indem man eben in Erwägung zieht, daß ohne die Übernahme der Versendung d. h. also einer Mehr-Leistung, zu der er getetzlich [für Kaufleute besteht jedoch ein diesbezüglicher Handelsbrauch] nicht verpflichtdt war, der Verkäufer an seinem Wohnsitze als regelmäßigem gesetzlichen Erfüllungsorte, hätte leisten dürfen und müssen, nnd dann auch der Käufer die Gefahr der Übersendung zu tragen gehabt hätte; vergleiche auch Oertmann a. a. O. Seite 171 Nr. 1.

gegen würde eventuell dem Verkäufer der Exkulpationsbeweis [4]) zu gestatten sein, daß der Schaden auch bei einer Versendung vom Erfüllungsorte entstanden sein würde, d. h. also, daß die Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Leistung nicht von ihm zu vertreten sei.

Für den Fall der Änderung des Bestimmungsortes jedoch, und zwar durch Vertrag [4a]), gibt das Gesetz, wie erwähnt, einen Anhalt und bestimmt im § 447 als Zeitpunkt des Gefahrüberganges den Augenblick der Übergabe der Sache an den Frachtführer etc. Die innere Begründung für diese Ausnahme ist unschwer zu finden. Der eine Abweichung von der geschuldeten Erfüllung wünschende Käufer soll auch das eventuelle mit der Erfüllung dieses Wunsches verbundene Risiko tragen. Für den Spezieskauf ergeben sich aus dem § 447 keine besonderen Schwierigkeiten; anders eventuell beim Kauf von Gattungssachen, insbesondere wenn man den Fall einer Sammelsendung an verschiedene Käufer ins Auge faßt. Zunächst sei bemerkt, daß für Gattungssachen die Anwendbarkeit des § 447, gleich der des § 446, gegeben ist, auch ohne Hinweis wie beim § 300 [Annahmeverzug], wo solcher nur durch die Beschränkung [§ 300 Absatz 2] auf den Angebots-Annahmeverzug geboten war [5]). Für Gattungssachen kommt dann weiter noch der § 243 Absatz 2 B. G. B. in Frage, und es ist bereits [vergl. S. 49 des Textes] entschieden worden, daß zur Erfüllung des „seinerseits Erforderlichen“ auch die Ausscheidung gehört. Soll nun aber ferner, und dies ist bestritten, dem Erfordernis des § 243 Absatz 2 durch eine Übergabe im Sinne des § 447 wenigstens dann Genüge geschehen sein, wenn bei einer Sammelsendung an verschiedene Käufer lediglich eine genaue Ausscheidung jedes einzelnen gleichartigen Postens für jeden Käufer unterlassen worden ist? Man wird sich dafür oder dagegen er-

[4]) Vergl. Staub a. a. O. Seite 1402 Anm. 37.

[4a]) Eine gesetzliche Pflicht zur Übersendung besteht, wie aus der Fassung des § 447 hervorgeht, nicht; für Kaufleute hat sich aber seit langem ein diesbezüglicher Handelsbrauch eingebürgert; vergl. Staub a. a. O. Bd. II, S. 1400 Anm. 29.

[5]) Vergleiche die auch für diesen Fall zutreffenden Ausführungen S. 49 des Textes; und vergleiche ferner die Denkschrift S. 92: „Die einem Bedürfnisse des Verkehrs entsprungene Vorschrift [des § 447] gilt auch für den Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.“

klären, je nachdem man den Begriff des „Tuns des seinerseits Erforderlichen“ enger oder weiter faßt, je nachdem man beim Versenden mehrerer Gattungssachen auch an verschiedene Destinatäre für die Erfüllung der kontraktlichen Pflichten — was die Ausscheidung betrifft — das Herausheben der Summe dieser Sachen für genügend [6]) erachtet oder die genaue Individualisierung jeder einzelnen Sache erfordert [7]). Diese Frage entscheidet in seiner erwähnten gegen Thöl gerichteten Abhandlung auch Ihering, der seine dort für den Gattungskauf im allgemeinen niedergelegte Ansicht gerade an dem Beispiel [8]) eines Versendungskaufes entwickelt. Diese Entscheidung ist auch heute noch von praktischer Bedeutung, da sie auf denselben Unterlagen wie den im B. G. B. gegebenen fußt. Jhering a. a. O. S. 432 und B. G. B. § 447 legen übereinstimmend zu Grunde, daß die Gefahr übergeht, wenn der Verkäufer eine Sache mittlerer Art und Güte abgesandt, d. h. sie dem Spediteur etc. übergeben hat, und daß ferner, handelt es sich um Gattungssachen, zu der dann weiter ebenfalls übereinstimmend geforderten Erfüllung der kontraktlichen Obliegenheiten eine vorherige Ausscheidung, ohne die der Gefahrübergang begrifflich nicht denkbar ist, gehört. Hinsichtlich der, wie schon erwähnt, offenbleibenden Frage, was man unter dieser Ausscheidungspflicht des Absenders zu verstehen hat, und wieweit man in dem Verlangen der Ausscheidung gegen den Absender gehen darf, verteidigt Ihering diejenige An-

[6]) Cosack a. a. O. § 122 II, 6 [S. 419]; Scherer, Kommentar zum B. G. B.: Recht der Schuldverhältnisse, § 446 A. 2, 2. Dernburg, preußisches Privatrecht, Bd. II § 138 Anm. 7 und Pandekten Bd. II § 96 Anm. 10.

[7]) Planck a. a. O. § 447 Anm. 3; Windscheid-Kipp a. a. O. II § 390 Anhang Ziffer 4 [S. 624[. R. G. Entsch. Bd. 57 S. 141.

[8]) Das von Jhering a. a. O. S. 367 angeführte Beispiel hat folgenden Inhalt: Das Handlungshaus N., bei dem unabhängig von einander A in X und B. in Z. jeder 600 Zentner Coaks bestellt haben, wählt zum Transport den Flußschiffer P. und mißt ihm das Gesamtquantum von 1200 Zentnern zu, ohne daß die 600 des A. und die 600 des B. beim Zumessen oder Verladen geschieden worden wären. P. verladet die 1200 Zentner auf zwei Schiffe, und zwar 800 auf ein größeres, 400 auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt geht letzteres bei einem heftigen Sturme unter. P. fährt mit dem anderen Schiffe ab und ladet in X, wo er zuerst anhält, bei A. 600 Zentner ab, so daß B. nur 200 Zentner erhält. B. will nur für 200 Zentner den Kaufpreis bezahlen, N. fordert den Preis für 600 Zentner und erhebt Klage.

sicht, welche die genaue Individualisierung jedes einzelnen Postens nicht für erforderlich hält. In dem Bestreben, die Thöl'sche Theorie erfolgreich zu bekämpfen, bemüht sich Ihering, die Wichtigkeit gerade des Aktes, welcher für den Gegner von ausschlaggebender Bedeutung ist, nämlich der Ausscheidung, nach Möglichkeit herabzudrücken und kommt dann schließlich zu dem Resultat, daß die Lieferung der Sache allein den Gefahrübergang herbeiführe, während die „Ausscheidung hierzu weder erforderlich noch ausreichend" sei[9]). Es ist bereits hervorgehoben[10]) worden, daß Ihering hiermit nicht die absolute Bedeutungslosigkeit jeglichen Heraushebens aus der Masse, aus dem „genus", für den Gefahrübergang hat feststellen wollen; vielmehr vertrat er mit diesen Worten nur die Ansicht, daß man nicht die Individualisierung der einzelnen geschuldeten Sache schlechthin stets, sondern nur je nach den Umständen als zum „Tun des seinerseits Erforderlichen" gehörig ansehen dürfe, insbesondere man nicht von dem Absender mehrerer Posten gleicher Gattungsware die Ausscheidung jedes einzelnen Postens für jeden der verschiedenen Käufer verlangen könne. Als Grund gibt Ihering an, daß der Verkäufer auch ohne dies seine volle Schuldigkeit getan habe, und außerdem die Kosten des Transportes dadurch nicht unbeträchtlich vermehrt würden.

Ist zunächst ersteres anzuerkennen und hat also im Jhering'schen Rechtsfall das Handlungshaus N. wirklich alles seinerseits Erforderliche getan? Etwa deshalb, weil es richtig um 1200 Zentner Kohlen sozusagen ärmer ist und diese auch in einem Schiffe hat verladen lassen? Geht aber nicht vielmehr seine Verpflichtung noch weiter und zwar dahin, soweit als möglich mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dafür zu sorgen, daß jeder einzelne Käufer auch wirklich in den ungestörten Besitz der Sache gelangt? Hierzu gehört doch auch, daß jedem Käufer die ausgemessene bestellte Menge tatsächlich zugewendet wird. Wenn ich ein Pfund Salz kaufe, so kann ich von dem Verkäufer ein Pfund abgewogen verlangen, weil eben der Vertrag dahin lautet, daß er zur Lieferung einer auf ein Pfund bestimmten Menge Salzes verpflichtet ist. Ich brauche

[9]) Jhering a. a. O. S. 438. [10]) Vergl. Seite 48 des Textes.

mir nicht beispielsweise gefallen zu lassen, daß der Verkäufer mich anweist, mir selbst aus seinem Vorrat die bestimmte Menge auszuscheiden. Seine -- des Verkäufers — Verpflichtung mir gegenüber ist also erst erfüllt, wenn er auch die Ausscheidung vorgenommen hat. Dafür aber kann und muß es ganz gleichgültig sein, ob die Ware zu versenden ist und ob außer mir noch unzählige andere Leute dieselbe Bestellung beim Verkäufer gemacht haben. Rechtliche Bedeutung wenigstens dürfte diesem Umstande doch kaum beizumessen sein. Solange das Abwiegen des Pfundes Salz — und zwar nach § 448 B. G. B. auf Kosten des Verkäufers — noch nicht erfolgt ist, ist von diesem nicht alles seinerseits erforderliche getan, und demgemäß die Gefahr nicht übergegangen. Ebenso kann auch im Jhering'schen Beispiel sowohl A. in X., als auch B. in Z. die Lieferung von je 600 Zentnern Coaks abgemessen verlangen. Durch eine Gesamtlieferung von 1200 Zentnern kann sich der Verkäufer ihnen gegenüber von seinen kontraktlichen Pflichten nicht befreien. Lag doch kein Kaufvertrag des Inhalts vor, daß N. dem A. und B. zusammen 1200 Zentnern liefern solle; vielmehr sind zwei getrennte Verträge geschlossen worden, zu deren Erfüllung die Lieferung einmal von 600 Zentnern, das andere Mal wiederum von 600 anderen Zentnern, mithin natürlich auch erst die Schaffung dieser Quantitäten, eine Ausscheidung von zweimal je 600 Zentnern, gehört. Das Handlungshaus N. schickt aber nicht, dem ensprechend, je 600 Zentner gesondert an A. und B., sondern übergibt 1200 Zentner seinem Schiffer zur Versendung, und zwar, wie angenommen werden muß, mit der Weisung, erst später beim Ausladen die Teilung vorzunehmen. Bei dieser Versendungsart bleibt also dem Verkäufer noch etwas zu tun, damit jeder Käufer, wie er verlangen kann, sein vertragsmäßiges Quantum erhält. Daraus dürfte zur Genüge hervorgehen, daß der Verkäufer mit der Absendung der 1200 Zentner noch nicht alles, was ihm kontraktlich oblag, getan hat. Etwas anderes ist es natürlich, wenn eine solche Sammelsendung besonders ausbedungen ist.

Die hier vertretene Auffassung der §§ 243, 447 scheint auch dem Texte des Gesetzes am besten zu entsprechen. Nach § 243 wird eine der Gattung nach bestimmte „Sache“ geschuldet. Zur Erfüllung des „seinerseits Erforderlichen“ gehört demnach

die Lieferung einer „Sache“. Eine solche „setzt aber einen individualisierten Gegenstand voraus“[11]), denn vor der Individualisierung existiert die für den Käufer bestimmte „Sache“ als solche noch nicht.

Am besten werden die Konsequenzen, die sich bei der praktischen Durchführung der gegenüberstehenden Ansichten ergeben, zeigen, welcher der Vorzug gebührt. Jhering sagt, eine geforderte Individualisierung würde dem Verkäufer ungerechtfertigter Weise große Transportkosten verursachen. Zunächst kommt dies nach B. G. B selten in Frage, da nach § 448 die genannten Kosten im Zweifel dem Käufer zur Last fallen. Hat sie auf Grund besonderer Abrede der Verkäufer übernommen, so ist allerdings anzuerkennen, daß eine große Warensendung sich billiger transportieren läßt, als eine Anzahl von kleinen Sendungen, welche, zusammengenommen, der großen gleichkommen. Dem Kaufhaus N. würde ohne Zweifel der Transport teurer werden, wenn es die 2mal je 600 Zentner durch eine Bretterwand etc. in dem einem der Schiffe getrennt, oder gar jeden Posten auf einem besonderen Schiffe für sich verschickt hätte. Kann man dies aber eine ungewöhnlich teure und daher nicht zu verlangende Transportart nennen? Muß man nicht vielmehr die vom Verkäufer N. gewählte als eine ausnahmsweise billige bezeichnen? Denn der Normalfall, von dem man auszugehen hat, ist doch wohl der der Einzelversendung. War N. einmal verpflichtet, für die 600 Zentner des A. die Versendungskosten zu tragen, so hätte er diese 600 Zentner, wäre nicht zufällig gleichzeitig die Bestellung des B. eingelaufen, allein für sich transportieren lassen müssen. Bot sich nun für ihn diese günstige Gelegenheit der verhältnismäßig billigeren Doppelsendung, so mochte er sie benutzen, aber nicht unter Vernachlässigung seiner kontraktlichen Absenderpflichten. N. hätte sich der geringen Mühe unterziehen und eine Schiffswand einbauen oder sonst für A. und B. getrennt verladen müssen. Durch diese Zumutung werden ihm keine ungerechtfertigten Belastungen aufgebürdet, zumal eine gleichzeitige Versendung, selbst bei Abteilung der Posten, für den Verkäufer noch immer als Vorteil gegenüber mehreren Einzelsendungen sich darstellt. Spart N. aber noch weiter durch die

[11]) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, Seite 18 Anm. 31.

gleichzeitige Expedition zweier ungeschiedener Sendungen, so mag er auch billiger Weise als Äquivalent die Gefahrtragung übernehmen. Will er dieses nicht, so steht es ihm frei, vor der Absendung die Ausscheidung vorzunehmen.

Wird aber, wie von Jhering, nicht dieses Verlangen an den Verkäufer gestellt, so ist man, da dieser von der Gefahrtragung befreit ist, genötigt, eine künstliche Verteilung der Gefahr auf die verschiedenen Käufer nach dem Verhältnis ihrer Warenmenge, eine sogenannte „societas periculi“[12]), eintreten zu lassen. Diese Notwendigkeit einer, wie gesagt, künstlichen Regelung der Gefahrtragung ist — das werden auch ihre Anhänger zugeben müssen — kein Vorzug dieser Theorie. Gerade hier, wo es sich um Tragung des durch Zufall entstandenen Schadens handelt, dürfte, wenn möglich, jegliches Eingreifen, jegliche Regelung zu vermeiden sein; eine künstliche Gefahrverteilung wird immer notwendiger Weise viele Nachteile mit sich bringen, denn sie vermag — und erscheine sie auch noch so gerecht und billig — niemals die natürliche Schadensverteilung des Zufalls zu ersetzen, und ist aus diesem Grunde geradezu geeignet, Unzufriedenheit unter den Beteiligten hervorzurufen. Kann doch in dem Jhering'schen Beispiele[13]) jeder Käufer sagen — Jhering selbst bestreitet[14]) allerdings die Zulässigkeit dieser Behauptung, aber ohne Angabe von Gründen —: „es ist mit nichts bewiesen, daß in dem untergegangenen Schiff auch ein Teil meiner Kohlen enthalten gewesen ist[14]). Die 1200 Zentner sind doch so auf die beiden Schiffe verteilt zu denken, daß die eine Ladung [600 Zentner] ganz auf dem großen, die andere teils auf dem grossen teils auf dem kleinen sich befindet. Warum sollen die ersten 600 Zentner nicht gerade die meinigen sein, und warum soll ich dann den Schaden des anderen zum Teil mitzutragen verpflichtet sein?“

Oder ein anderes Beispiel. Von einer russischen Petroleumquelle werden für 25 deutsche Besteller 25 Waggons, und zwar je einer für jeden Besteller und keiner mit einer Bezeichnung, für welchen Käufer er bestimmt sei, an den Berliner Agenten

[12]) Jhering a. a. O. Seite 434.
[13]) Vergl. S. 25 des Textes Anm. 8.
[14]) Jhering a. a. O. S. 434.

zur weiteren Verteilung gesandt. Der letzte Wagen dieses Petroleumzuges wird bei einer Kreuzung von der Lokomotive eines anderen Zuges erfaßt und zertrümmert, sodaß sein Inhalt ausläuft. Würde nicht jeder der 25 Käufer für den Fall einer societas periculi berechtigt sein, zu erklären: wenn nur 24 bestellt hätten, wäre der ganze Unfall — da es sich um den letzten Wagen handelt — nicht passiert? Man könne doch aber nicht lediglich deshalb, weil zufällig noch ein 25ter einen Waggon bestellt habe, den anderen einen Teil des diesen allein treffenden Schadens aufbürden, und zwar lediglich deshalb, weil dieser betreffende infolge eines von dem Absender zu vertretenden Umstandes, nämlich infolge mangelnder Ausscheidung, nicht festgestellt werden könne.

Für den Empfänger einer Sendung von nur der Gattung nach bestimmten Sachen liegt also eine große Härte in der eventuellen Anwendung der „societas periculi", andererseits ist es durchaus nicht unbillig, von dem Verkäufer, wie oben auseinandergesetzt wurde, die Individualisierung zu fordern.

Damit ist die Antwort auf die hier streitige Frage gegeben: Sowohl auf Grund der theoretischen Betrachtungen als auch der Konsequenzen in der Praxis ist der Ansicht der Vorzug zu geben, welche vom Verkäufer beim Versand mehrerer Gattungssachen zur Erfüllung seiner kontraktlichen Obliegenheiten auch die Ausscheidung jeder einzelnen Sache erfordert. Erst mit Erfüllung auch dieser Pflicht kann daher die Gefahr übergehen.

C. Ergebnis.

§ 10.

Das Voranstehende zeigt den Versuch, darzulegen, daß die im B. G. B. über den Gefahrübergang gegebenen Bestimmungen den an sie zu stellenden Anforderungen entsprechen, sowie vor allem, daß es ein durchaus gesunder Gedanke ist, die Gefahrübernahme im Prinzip an die Gewinnung der tatsächlichen Herrschaft, verbunden mit dem Nutzungsrecht und der Lastenpflicht, zu knüpfen. Einmal ist damit unter glücklicher Verteilung der Äquivalente eine normaler Weise für beide Parteien befriedigende Rechtslage geschaffen; sodann ist ferner als der maßgebende Faktor für den Übergangs-Zeitpunkt nicht ein eventuell schwieriger juristischer Begriff, sondern ein einfacher, sichtlich wahrnehmbarer tatsächlicher Vorgang gewählt, wodurch zugleich — ganz abgesehen von der Beseitigung vieler Streitfrage des gemeinen Rechts – der Entstehung neuer Streitfragen ein weit unfruchtbarerer Boden als früher bereitet ist.